

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: ???? ptas.
Precio del fascículo suelto: ???? ptas.

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia
(Centro de Publicaciones)
c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: (91) 390 20 82 / 83 / 97 / 84

VENTA Y DISTRIBUCIÓN

Librería del Boletín Oficial del Estado
c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
Tel.: (91) 390 20 82 / 44 29 / 21 87
Fax: (91) ??? ???

SUSCRIPCIONES

Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID
Tel.: (91) 902 365 3 3
Fax: (91) 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXII, FASCÍCULO I
Enero-marzo, 2009

MINISTERIO DE JUSTICIA
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2009

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

NIPO (BOE): ??????????
NIPO (M. de Justicia): ??????????
ISSN: 0210-301-X
Depósito legal: M-125-1958

IMPRENTA NACIONAL DEL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 Madrid. 1997

ESTUDIOS MONOGRÁFICOS

Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso

NURIA BERMEJO GUTIÉRREZ

Profesora Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

*Este artículo se enfrenta a los problemas que plantean los artículos 77 y 84 de la Ley Concursal, y en particular, los derivados de la falta de simetría existente entre las reglas que determinan cómo se integra la masa activa en el concurso de uno de los cónyuges y las reglas que establecen la composición de su masa pasiva. Con este objetivo, procedemos al estudio de la sociedad de gananciales desde una perspectiva novedosa, esto es, la que nos ofrece la teoría de las organizaciones. La primera contribución de este trabajo consiste en poner de manifiesto que la sociedad de gananciales es una de las formas más simples de organización y que, como tal organización, genera un patrimonio separado cuyo valor principal es dar seguridad a los terceros acerca del cumplimiento de las obligaciones que contraen sus miembros. Desde esta visión de las cosas, la sociedad de gananciales se nos presenta como un fenómeno organizativo que convive con otros que nos resultan más conocidos, como son las personas jurídicas. Definir el patrimonio ganancial como un patrimonio separado nos permite, en segundo lugar, explicar por qué el cónyuge *in bonis* está legitimado a percibir su cuota de liquidación por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado y por qué cualquier acreedor ganancial puede satisfacerse por delante de los acreedores privati-*

* Este trabajo se ha realizado en el marco de los proyectos de investigación «Derecho Mercantil y Análisis Económico del Derecho IV» (SEJ 2005-07030/JURI) y «Análisis Económico del Derecho de Sociedades» (CCG-06-UA./HUM 0578), dirigidos por el profesor Cándido PAZ-ARES.

** Debo agradecer, en primer lugar, las consideraciones realizadas por los miembros de la comisión juzgadora de las pruebas de habilitación nacional para el cuerpo de profesores titulares de universidad, los profesores Gómez Segade, Font Galán, Martínez Sanz, Mercadal, Pilofíeta, Portellano y Muñoz Paredes, y que, sin duda, han contribuido a enriquecer este trabajo. Tengo contraída una especial deuda de gratitud con el profesor Antonio Manuel Morales, cuya generosidad y paciencia han hecho posible la publicación de este artículo en el Anuario de Derecho Civil. Por fin, debo agradecer a los profesores Máximo Juan Pérez, Elena Rodríguez Pineau y Lis Paula San Miguel Pradera su disponibilidad para discutir sobre los papeles, así como sus valiosas reflexiones. Por descontado, sólo yo soy responsable de los errores.

vos del cónyuge concursado sobre este patrimonio separado. La tercera aportación de este trabajo consiste en solucionar, a la luz de estas consideraciones y por vía interpretativa, los problemas que plantea la asimetría existente entre los artículos 77 y 84 de la Ley Concursal y que afectan, de manera particular, a la satisfacción de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge in bonis. Aprovechando al máximo la eficacia explicativa que tiene calificar la sociedad de gananciales como una organización, el trabajo concluye despejando una de las incógnitas que el legislador concursal ha dejado en el aire, esto es, la relativa a la posibilidad de que la sociedad de gananciales sea declarada en concurso.

PALABRAS CLAVES

Sociedad de gananciales, organización, patrimonio separado, insolvencia, concurso de los cónyuges.

SUMARIO: I. *Introducción:* 1. Planteamiento de la cuestión. 2. Esquema de trabajo.–II. *La sociedad de gananciales como organización:* 1. A vueltas con la naturaleza del patrimonio ganancial. 2. Sobre el sentido de las organizaciones familiares. 3. Parte en la organización y preferencia entre los acreedores.–III. *Sociedad de gananciales y concurso de uno de los cónyuges:* 1. Introducción. 2. Declaración de concurso y disolución de la sociedad de gananciales. 3. La «preferencia» del cónyuge *in bonis*. 4. Crítica a la «preferencia» del cónyuge *in bonis*.–IV. *Patrimonio ganancial y masa activa del concurso:* 1. Patrimonios comunes y masa activa del concurso. 2. La integración del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso. 3. El caso particular de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio.–V. *La masa pasiva del cónyuge concursado:* 1. Deudas privativas *versus* obligaciones gananciales. 2. Obligaciones gananciales y créditos concursales. 3. La satisfacción de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*.–VI. *La insolvencia de la sociedad de gananciales:* 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La capacidad concursal de los patrimonios separados. 3. El argumento de derecho positivo. 4. La responsabilidad de los cónyuges frente al patrimonio ganancial insolvente.–VII. *Epílogo.*–VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

1. Planteamiento de la cuestión

Al derecho concursal siempre le han preocupado los efectos que proyecta la insolvencia de unos de los cónyuges sobre el patrimonio ganancial. Ya en el Código de Comercio de 1885 se

estableció la necesidad de reintegrar a la mujer casada los bienes dotales, esto es, los bienes que la mujer aportaba al matrimonio para soportar las cargas de éste, así como los parafernales, es decir, los bienes propiedad de la mujer adquiridos por legado, herencia o donación y que sólo se entregaban al marido para que los administrara y percibiera sus frutos. A tales efectos, se consagraba a su favor un derecho de separación *ex iure dominii* (v. arts. 909.1 y 2 CCO 1885, que reproducían el contenido de los arts. 1114.1 y 2 CCO 1829)¹.

Como en otras muchas materias, también en ésta la Ley Concursal pone a disposición de los operadores jurídicos una regulación que pretende ser exhaustiva. Es innegable que estamos ante unas reglas que se ajustan mejor al régimen vigente de la sociedad de gananciales que las derogadas. Pero lo que tampoco nadie discute es que *esta regulación suscita importantes problemas*. En esencia, son tres las cuestiones que se plantean tras la lectura de las reglas que la componen. La primera tiene que ver con la llamada *preferencia del cónyuge no concursado o cónyuge in bonis*, que le legitima para satisfacerse por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado. Parece que el legislador habría tratado de eliminar ese «mejor derecho» del cónyuge no concursado frente a los acreedores del deudor insolvente. Y para ello habría sometido la liquidación del patrimonio ganancial al procedimiento, integrándolo en la masa activa del concurso en los términos previstos en el artículo 77.2 LC. Se obligaría así al cónyuge *in bonis* a percibir su cuota en concurrencia con el resto de los acreedores concursales del insolvente. En las siguientes páginas trataremos de explicar que ese mejor derecho no tiene su origen en una preferencia que pueda desconocerse en sede concursal. En rigor, *es el resultado de reconocer al cónyuge in bonis su derecho a recibir la cuota de liquidación cuando la organización en la que participa –esto es, la sociedad de gananciales–, se disuelve*. Se explica así que en la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge *in bonis*, miembro de dicha organización, tenga un mejor derecho sobre el valor que reste tras satisfacer las obligaciones gananciales que los acreedores privativos del cónyuge insolvente.

La segunda cuestión es la que ataña propiamente a la *integración del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso*.

¹ Sobre qué debía entenderse por «bienes dotales» y «bienes parafernales», v. las esclarecedoras palabras de GONZÁLEZ HUEBRA, P., *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856, pp. 98-100. Un examen más reciente de esta materia, todavía a la luz del régimen de los Códigos, lo encontramos en FARIAS VARONA, F. J., *El derecho de separación en la quiebra*, Pamplona, 2001, pp. 216 ss.

Como acabamos de señalar, en la solución diseñada por el legislador el patrimonio ganancial queda integrado en la masa activa del concurso *ex artículo 77.2 LC*. Por lo tanto, este conjunto de bienes quedaría a disposición de cualquier acreedor del cónyuge concursado, privativo o ganancial, para dar satisfacción a sus derechos de crédito. El problema que plantea esta solución es que desconoce una idea esencial, esto es, que *el patrimonio ganancial constituye un patrimonio separado del patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges*. Precisamente, esta separación limita la capacidad de agresión de los acreedores privativos sobre el patrimonio común. En concreto, tal y como veremos, las deudas privativas del cónyuge insolvente sólo podrán realizarse sobre el patrimonio ganancial cuando se hayan satisfecho las obligaciones gananciales y, en los casos de liquidación, cuando, además, se haya entregado al cónyuge *in bonis* la cuota correspondiente.

La tercera cuestión que se plantea está relacionada con la *satisfacción de los créditos dentro del procedimiento concursal*. Al quedar integrado el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso del cónyuge insolvente, una parte de las deudas que se tienen que hacer efectivas sobre el mismo –concretamente, las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*–, se verían privadas de la posibilidad de satisfacerse sobre dicho patrimonio (art. 84.1 LC). Con esta solución, la Ley Concursal estaría restringiendo las opciones de cobro de parte de los acreedores por el hecho de haber contratado con el cónyuge «equivocado» –en este caso, el cónyuge *in bonis*–. Se traicionaría así su confianza en la existencia de un conjunto de bienes que habrían de quedar afectos a su satisfacción –el patrimonio ganancial–, y que les permitiría olvidarse de las vicisitudes que pudieran afectar al patrimonio personal del cónyuge con el que contrató.

A la vista está que las soluciones a las que conduce una aplicación literal de estos preceptos resultan incompatibles con una correcta comprensión de la sociedad de gananciales. En realidad, lo que esta regulación evidencia es una deficiente comprensión de la sociedad de gananciales, al menos, por parte del legislador concursal. Por ello, a lo largo de este trabajo trataremos de poner de manifiesto que *la sociedad de gananciales es una de las formas más simples de organización. Y como tal organización genera un patrimonio separado cuyo valor principal es dar seguridad a los terceros acerca del cumplimiento de las obligaciones que contraen sus miembros*. La sociedad de gananciales convive, así, con otros fenómenos organizativos que no nos resultan desconocidos, como

son las personas jurídicas. Que las personas jurídicas sean los ejemplos más destacados de organización y que hayan centrado el interés de nuestra doctrina no significa que sean los únicos. *De ahí que buena parte del valor de nuestro trabajo radique en llamar la atención sobre la existencia de otros fenómenos organizativos, menos sofisticados que las personas jurídicas, pero a los que es forzoso reconocer y tratar como tales.*

Desde esta aproximación a la sociedad de gananciales resulta más fácil corregir los efectos a los que conduce una aplicación literal de los artículos 77 y 84 LC. Y es que sólo en la medida en que comprendamos la eficacia de la separación patrimonial que pone en pie esta organización, estaremos en disposición de dar una respuesta adecuada a los problemas que plantea, por una parte, la insolvencia de cualquiera de los miembros de la organización y, por otra, la insolvencia de la propia organización.

2. Esquema de trabajo

Para conseguir los objetivos que nos hemos marcado, debemos, antes que nada, examinar *la naturaleza patrimonio ganancial* (v. *infra* II). Veremos que, por un lado, éste es un patrimonio no personificado, pero que, por otro, constituye un patrimonio separado y afecto a un fin. Este patrimonio responde directamente de las llamadas obligaciones gananciales que, *ad intra*, se definirán bien como deudas de responsabilidad definitiva o bien como deudas de responsabilidad provisional. Pero además, veremos que el patrimonio ganancial responde de manera subsidiaria de las deudas privativas de cada uno de los cónyuges, lo cual resulta particularmente importante en caso de insolvencia de éstos.

A continuación *procederemos a establecer las consecuencias de definir el patrimonio ganancial como un patrimonio separado* (v. *infra* III). En concreto, vamos a tener ocasión de explicar por qué el cónyuge *in bonis* está legitimado a percibir su cuota de liquidación por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado y por qué cualquier acreedor ganancial puede satisfacerse por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado sobre este patrimonio separado. *Inmediatamente después examinaremos críticamente la decisión de incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del procedimiento y trataremos de minimizar su incidencia en la separación patrimonial que acabamos de describir* (v. *infra* IV). Hecho esto, repasaremos las deudas que pueden

realizarse sobre ese patrimonio y, a la vista de lo dispuesto en el artículo 84.1 LC, *determinaremos la forma en que habrán de satisfacerse con cargo a esos bienes en función de que hayan sido contraídas por el cónyuge concursado o por el cónyuge in bonis* (v. *infra* V). Aprovechando al máximo la eficacia explicativa que tiene calificar el patrimonio ganancial como una organización, concluiremos despejando una de las incógnitas que el legislador ha dejado en el aire, esto es, la relativa a *la posibilidad de que la sociedad de gananciales sea declarada en concurso* (v. *infra* VI).

II. LA SOCIEDAD DE GANANCIALES COMO ORGANIZACIÓN

1. A vueltas con la naturaleza del patrimonio ganancial

Para entender de qué modo responde la sociedad de gananciales de las deudas que pesan sobre la misma, debemos antes *aclarar cuál la naturaleza de ese patrimonio común*. Esta cuestión, aparentemente pacífica, sigue suscitando alguna discusión entre los autores.

Lo primero que tenemos que decir es que, a pesar de su nombre –«sociedad de gananciales»–, no se trata de una auténtica sociedad, pues no supera el *test* establecido en el artículo 1665 CC. Como es sabido, para que podamos hablar de sociedad es imprescindible que concurran tres elementos: origen negocial, fin común y contribución de los miembros a dicho fin². Pues bien, en la llamada sociedad legal de gananciales no se manifiesta el primero de ellos. Difícilmente puede defenderse que hay origen negocial cuando el acuerdo de contribuir a un propósito común no deja espacio a los cónyuges para decidir de qué modo quieren contribuir a dicho fin³. En efecto, en la constitución de una sociedad la voluntariedad

² Por todos, v. PAZ-ARES, C., «Comentario del artículo 1665 CC», en DÍEZ-PICAZO L./BERCOVITZ/R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1219 ss., pp. 1313-1314, o *id.*, «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», en URÍA, R./MENÉDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2.^a edición, Madrid, 2006, pp. 469 ss., pp. 470-471.

³ Lo exponen claramente, PAZ-ARES, *Comentario artículo 1665 CC*, II, p. 1300 o EIZAGIRRE, J. M. DE, *Derecho de sociedades*, Madrid, 2001, p. 6, donde señalan que las comunidades de derecho de familia no son sociedades, pues no tienen origen negocial o, si lo tienen, carecen de un fin concreto o limitado. El hecho de que se persiga un fin amplio, como es dar sustento patrimonial a una comunidad de vida, frente a los más «estrechos» de las sociedades particulares no impide que haya sociedad. Así lo pone de manifiesto, respecto de las sociedades universales, PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1671 CC», en DÍEZ-PICAZO, L. /BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.). *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1385 ss., p. 1385. Considera que no hay socie-

se refleja en la existencia de un negocio constitutivo o fundacional –*i. e.*, el contrato de sociedad–, a través del cual las partes se comprometen a perseguir un fin común y para lograrlo se obligan a realizar una determinada contribución⁴. Sin embargo, esto no sucede en el caso de la sociedad de gananciales, pues los cónyuges no deciden libremente en qué medida contribuyen a dicho fin. Es el Código civil el que dispone qué bienes se hacen comunes para los cónyuges y cuáles restan en el patrimonio personal de cada uno de ellos (v. arts. 1346-1361 CC). Esto es tanto como decir que una vez que los cónyuges optan, expresa o tácitamente, por la ganancialidad es la ley la que determina qué se aporta al consorcio⁵.

En contraste, en un fenómeno societario comparable a la sociedad de gananciales, como pueda ser la sociedad universal de ganancias, son los propios socios los que determinan el contenido de su aportación (p. ej., limitándola al rendimiento que generen sus bienes existentes al tiempo de la celebración del contrato o ampliándola a los frutos que generen los bienes que puedan obtener en el futuro)⁶. Y lo mismo ocurre en el caso de la sociedad universal de bienes, donde los socios deciden si sólo sus bienes presentes son aportados a la sociedad, o si, por el contrario, se aportan también los bienes futuros; si sólo se hacen comunes las ganancias que generan su bienes presentes o si, por el contrario, se hacen también comunes cualesquiera otras ganancias⁷.

dad, pues la llamada sociedad de gananciales es la consecuencia legal del matrimonio, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1344 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 632 ss., pp. 632-633. Recientemente, insiste en la falta de voluntariedad en la contribución al fin común CUENA CASAS, M., *El concurso de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Madrid, 2008, pp. 78-79. En contra, considera que es una sociedad civil universal de ganancias MAGARIÑOS BLANCO, V., «El concurso y la sociedad de gananciales», *Estudios sobre la Ley concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. II, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 2053 ss., p. 2053.

⁴ Que el consentimiento se proyecta necesariamente sobre el fin común y las aportaciones, lo pone de manifiesto PAZ-ARES, *Comentario artículo 1665 CC*, II, p. 1321.

⁵ Ya en los antecedentes históricos se encuentran argumentos similares. Particularmente significativas son las consideraciones de SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil y el Código civil es historia general de la legislación española*, t. V, vol. 1.^º (Derecho de familia), 2.^a edición, Madrid, 1898, pp. 815-816 y 834.

⁶ Señalan la proximidad existente entre ambas figuras, LACRUZ BERDEJO, L./SÁNCHEZ REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho civil*, t. IV, *Derecho de familia*, fasc. 2.^º (edición experimental), Barcelona, 1982, p. 401, así como PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1675 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1390 ss., p. 1391. Sobre la posibilidad de incluir este tipo de acuerdos en una sociedad de ganancias, PAZ-ARES, *Comentario artículo 1675 CC*, II, p. 1390.

⁷ Sobre la posibilidad de constituir una sociedad universal con todos los bienes presentes y futuros de los socios, v. PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1672 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1386 ss., pp. 1386-1387. Sobre la disponibilidad de las ganancias que se hacen comunes, de nuevo, v. PAZ-ARES, C., «Comentario a los artículos 1673 y 1674 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR

En definitiva, *a diferencia de lo que sucede en una auténtica sociedad, en la sociedad de gananciales no hay acuerdo de voluntades acerca de qué aportar para conseguir el fin común que las partes se han propuesto*. Es el legislador quien lo determina. Si los cónyuges quieren ampliar o reducir el contenido del mismo, tendrán que poner en pie algo distinto a una sociedad de gananciales (p. ej., una sociedad universal)⁸.

Sentado lo anterior, en el plano patrimonial, los autores han reconocido en la sociedad de gananciales cierta similitud con las sociedades externas o personificadas⁹. Hasta tal punto es así, que el antiguo artículo 1395 CC disponía que «la sociedad de gananciales se regirá por las reglas del contrato de sociedad en todo aquello que no se oponga a lo expresamente determinado por este capítulo»¹⁰. Sin embargo, *la sociedad de gananciales no es una sociedad externa*. La sociedad de gananciales comparte con estas sociedades uno de los efectos característicos de la personalidad jurídica, esto es, *la creación de un patrimonio unificado ad extra, y por lo tanto, de un patrimonio separado del patrimonio personal de cada uno de los socios*. Sin embargo, le falta el segundo efecto de la personificación, a saber, el de unificar al grupo atribuyéndole capacidad de actuar unitariamente¹¹. En realidad, *este patrimonio separado que pone en pie la sociedad de gananciales se configura desde la perspectiva patrimonial-real como una comunidad en mano común (Gesamthand)*¹².

CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1387 ss., p. 1388.

⁸ Señala utilidad de esta sociedad para dotar de estructura patrimonial a las comunidades de vida al margen de la sociedad de gananciales, PAZ-ARES, *Comentario artículo 1672 CC*, II, p. 1386.

⁹ MIQUEL, J. M., voz «comunidad de bienes», *Encyclopedie Jurídica Básica*, t. I, Madrid, 1995, pp. 1314 ss., p. 1315, considera que en el caso del patrimonio consorcial hay algo más que una comunidad en mano común; hay una sociedad, aunque de origen legal. PANTALEÓN, F., «Asociación y sociedades», *ADC*, 1993, XLVI, pp. 5 ss., p. 56, concluye su trabajo preguntándose si la sociedad de gananciales, en tanto comunidad germánica con relaciones externas, no será una verdadera sociedad personificada.

¹⁰ Critican, acertadamente, su supresión LACRUZ/SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, p. 401. La proximidad existente entre ambos fenómenos es la que lleva a PAZ-ARES, *Comentario artículo 1675 CC*, II, p. 1391, a seguir entendiendo subsidiariamente aplicable a la sociedad de gananciales la disciplina societaria.

¹¹ Sobre el contenido de la personalidad jurídica, v. PAZ-ARES, *Curso*, I², p. 484.

¹² Así, por ejemplo, v. LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, pp. 399-401; PEÑA, *Comentario artículo 1344 CC*, II, pp. 633-634; VILA RIBAS, C., voz «gananciales», *Encyclopedie Jurídica Básica*, t. II, Madrid, 1995, pp. 3226 ss., p. 3227, o GONDRA, J. M., «Régimen de la “empresa conyugal”: sociedad de derecho mercantil, sociedad de derecho de familia», *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, v. I, Madrid, 2002, pp. 245 ss., pp. 252-253 y 257, nota 22, aunque considera que también la sociedad colectiva es una mano común. En contra de esta visión de la sociedad de gananciales GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2004, pp. 4683 ss., *passim*. Entiende que la sociedad de

No es este el momento de detenernos en el estudio de la comunidad en mano común¹³. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que algunos autores han criticado la elasticidad de la categoría, que privaría de precisión a una definición de la sociedad de gananciales como tal comunidad¹⁴. En lo que a nosotros nos interesa, nos basta con adoptar una comprensión de la *comunidad en mano común en sentido patrimonial-real*. Esto significa que, como patrimonio separado del patrimonio de los cónyuges, no se puede disponer aisladamente de partes o cuotas del mismo y no hay acción de división¹⁵. En esta comprensión de la mano común están ausentes problemas relativos a la personificación que para las sociedades personalistas alemanas plantea este concepto y que ha llevado a algún autor a calificarlo de *Mysterienspiel*¹⁶.

Afirmar que la sociedad de gananciales pone en pie un patrimonio separado no es, en absoluto, irrelevante. Precisamente, *en la medida en que genera dicha separación patrimonial, la sociedad de gananciales constituye una organización*¹⁷. *Las organizaciones son herramientas que proporciona el ordenamiento jurídico y que permiten crear patrimonios separados con el fin de asignar a los acreedores un conjunto de derechos que no podrían establecerse de otro modo*. La separación patrimonial –y ésta es la idea clave que está detrás de toda organización–, garantiza que los acreedores de la organización no concurrirán con los acreedores personales de sus miembros (*affirmative asset partitioning*). Esto se traduce en una *preferencia de cobro frente a los acreedores privativos de sus miembros*¹⁸. Esta separación patrimonial puede presentar distintos grados de intensidad. La intensidad máxima la encontramos en

gananciales no pone en pie un patrimonio independiente, BLANQUER UBEROS, R., «Estudios sobre el nuevo derecho de familia», *AAMN*, t. XXV, 1982, pp. 45 ss., pp. 140-141. Sin embargo, recientemente, v. CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 88 y 94-95.

¹³ Para una caracterización, v. por todos, GIRON J., *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976, pp. 169-170, y MIQUEL, J. M., «Comentario al artículo 392 CC», en ALBA-LADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. V, vol. 2.^º (arts. 392-429 CC y LPH), Madrid, 1985, pp. 4 ss., en particular, pp. 15-17.

¹⁴ MIQUEL, *Comentario artículo 392 CC*, V. 2.^º, pp. 18-19; LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, p. 400.

¹⁵ DE EIZAGUIRRE, J. M., «La subjetivación de las sociedades de personas», *RdS*, núm. 14, 2000, pp. 85 ss, pp. 90-92, ofrece al lector una esclarecedora síntesis de la evolución que ha experimentado el concepto de la mano común en la doctrina alemana, que nos permite dibujar con más precisión los contornos de este concepto. Para MIQUEL, *Comentario artículo 392 CC*, V 2.^º, pp. 16-17, éstas son las notas que se predicen de la comunidad en mano común con mayor frecuencia.

¹⁶ WEBER-GRELLET, H., «Die Gesamthand –ein Mysterienspiel?», *AcP*, núm. 182, 1982, pp. 316 ss.

¹⁷ En este punto, es obligada la cita de HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., «The Essential Role of Organizational Law», *Yale L. J.*, vol. 110, 2000-2001, pp. 389 ss., pp. 397-398 y nota núm. 16 en esas páginas.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 390, 393-394. Estas ideas se reiteran en HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., «What is Corporate Law?», en AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford-Nueva York, 2004, pp. 1 ss., pp. 7-8. Entre nosotros, ya GIRON, *Derecho de sociedades*, I, p. 173, señalaba que la preferencia de los acreedores

aquellas organizaciones en las que los acreedores particulares de los miembros no pueden satisfacerse sobre los bienes de la organización, pues los acreedores de la organización tienen un derecho de exclusiva sobre éstos. La intensidad mínima se manifiesta en aquellas otras organizaciones en las que los acreedores de los miembros insolventes pueden agredir el patrimonio de la organización, forzando para ello su disolución. De este modo, podrán embargar la parte correspondiente a cada miembro una vez satisfechos los acreedores de la organización (*priority without liquidation protection*). La separación patrimonial se manifiesta con una intensidad media en las organizaciones en las que los acreedores privativos de los miembros pueden agredir el patrimonio de la organización para cobrarse, pero no están legitimados para forzar su disolución; a lo sumo podrán colocarse en la posición del miembro deudor y disfrutar de los derechos que le correspondan (*priority with liquidation protection*)¹⁹.

No constituye un elemento esencial de una organización la limitación del poder de los acreedores de la organización para agredir el patrimonio particular de sus miembros (*defensive asset partitioning*). Su manifestación más intensa es la limitación de responsabilidad, pero existen otras más moderadas (p. ej., la subordinación de los acreedores de la organización al pago de los acreedores privativos de los miembros). A pesar de ser ésta una característica que, en sus distintas manifestaciones, se encuentra en las organizaciones más conocidas, su valor es secundario en la definición de una organización, pues sólo está presente en algunas de ellas²⁰.

*El interés de crear patrimonios separados a través de las organizaciones reside en hacer posible un aprovechamiento particular de éstos*²¹. Por una parte, al crear un patrimonio separado, se proporciona a los acreedores la certeza de que existe un conjunto de bienes que queda fuera del alcance de los acreedores privativos de sus miembros. Esa certeza les facilita la determinación de sus expectativas de cobro (a fin de cuentas, los acreedores de la organización pueden anticipar que cobrarán por delante de los acreedores privativos de los miembros). Que los acreedores puedan establecer con cierta precisión sus expectativas de cobro mejora la capacidad

de la sociedad frente a los acreedores privativos de los socios es una secuela de la separación patrimonial. En la misma línea, DE EIZAGIRRE, *Derecho de sociedades*, p. 71.

¹⁹ HANSMANN/KRAAKMAN, 110 *Yale L. J.* (2000-2001), pp. 394-395, señalan, además, que la *priority with liquidation protection* es la modalidad de separación que adoptan las *business corporations*, las *cooperative corporations*, las *limited liability companies* y los *limited partners* de una *limited partnership*.

²⁰ *Ibid.*, pp. 390, 393-396.

²¹ Entre nosotros, avanza esta idea para los *trust* VIRGÓS, M., *El trust y el derecho español*, Madrid, 2006, pp. 22-24.

de la organización de obtener crédito²². Por otra parte, *la separación patrimonial reduce el coste de vigilar al deudor* (monitoring costs) y, *con ello, el coste de la financiación*. En efecto, los acreedores de la organización no tendrán que vigilar las actividades o los negocios de los miembros, ni estar pendientes de circunstancias imprevistas que puedan mermar sus patrimonios particulares y, con ello, reducir sus expectativas de cobro. Sólo tendrán que concentrar sus esfuerzos y habilidades en vigilar las vicisitudes que puedan afectar al patrimonio de la organización. La prima de riesgo se calculará, entonces, tomando en cuenta tan sólo estas circunstancias (y no otras que pueden encarecer la financiación)²³.

2. Sobre el sentido de las organizaciones familiares

La pregunta que se nos viene de inmediato a la cabeza es *qué sentido tiene crear una organización en el ámbito familiar*. En esencia, son dos las razones que justifican la solución: unificar los intereses de los cónyuges [v. *infra a*)]; y facilitar a los cónyuges la obtención de los recursos necesarios para sostener esa comunidad de vida, o si se prefiere, esa unidad familiar [v. *infra b*)].

a) Como avanzábamos, a través de la sociedad de gananciales se *unifican los intereses de los cónyuges*. Así, el interés común, –en este caso, el sostenimiento de una comunidad de vida–, se sobreponen al interés particular de cada uno de ellos. Es la existencia de dicho interés común la que justifica la creación de un patrimonio separado, pues *a través de la sociedad de gananciales se afecta un conjunto de bienes a la consecución de ese fin*²⁴. La sociedad de gananciales disfruta, así, de un sustrato patrimonial del que los cónyuges no pueden disponer a su antojo ya que está afecto a realización de dicho fin. Es más, dada la relevancia del vínculo personal en la sociedad de gananciales, la indisponibilidad del patrimonio separado impide introducir cambios en los elementos personales de la organización²⁵. Formulado de otro modo, la subsistencia de este patrimonio separado está ligada al mantenimiento del elemento personal. Cuando, por cualquier razón se altere su base subjeti-

²² HANSMANN/KRAAKMAN, 110 *Yale L. J.* (2000-2001), pp. 401-403.

²³ *Ibid.*, pp. 399-401.

²⁴ MIQUEL, *Comentario artículo 392 CC*, V, 2.º, p. 19, insiste en que es la sociedad de gananciales la causa de comunicación de los bienes de los cónyuges que forman el patrimonio separado.

²⁵ WEBER-GRELLET, AcP, 182 (1982), pp. 326-327. Entre nosotros, por todos, LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, p. 400, quienes apuntan que la condición de comunero es inseparable de aquella de cónyuge.

va, los cónyuges estarán legitimados para disolver la organización (v. *infra* II.2).

b) En segundo lugar, *al consolidar un patrimonio separado, la sociedad de gananciales facilita la obtención de los recursos necesarios para el desarrollo de esa comunidad de vida*. En efecto, tal y como hemos señalado, al ponerse en pie un patrimonio separado que queda afecto al pago preferente de las deudas de la organización –en este caso, las obligaciones gananciales–, los acreedores podrán determinar con mayor precisión sus expectativas de cobro (v. *supra* 1). Asimismo, la existencia de un patrimonio separado afecto al pago preferente de estos créditos evita que los acreedores tengan que invertir recursos en vigilar la evolución del patrimonio privativo de los cónyuges para salvaguardarse de vicisitudes imprevistas que les pudieran afectar –p.ej., de la responsabilidad extracontractual privativa; de las obligaciones contractuales privativas que contraiga, etc.– (v. *supra* 1). No es, entonces, de extrañar que estos acreedores estén en mejor disposición de ofrecer financiación para dichas actividades o para hacerlo en mejores condiciones. Podemos, así, afirmar que *la organización que pone en pie la sociedad de gananciales permite reducir los costes de contratar con una unidad familiar*²⁶. Esto es, en definitiva, lo que intuían los profesores Lacruz y Sancho cuando afirmaban que «el conyugal se presenta como un patrimonio que tiene, a través de sus titulares, “capacidad de ganar”»²⁷.

En la otra cara de la moneda, y a diferencia de lo que sucede en otras organizaciones, la sociedad de gananciales *no sirve para limitar la responsabilidad patrimonial de los cónyuges por el endeudamiento del consorcio familiar*. En caso de que no haya bienes suficientes en el patrimonio ganancial con los que satisfacer las deudas que pesan sobre el mismo, éstas habrán de realizarse sobre el patrimonio privativo del cónyuge deudor. Estos acreedores se satisfarán, entonces, en concurrencia con los acreedores privativos de ese cónyuge. No hay, pues, *defensive asset partitioning*²⁸.

Queda, entonces, claro que *a través de la sociedad de gananciales se afectan unos bienes a un objetivo común creando un patrimonio separado*. Es, precisamente, la existencia de este patrimonio separado la que explica que los cónyuges de la sociedad de

²⁶ HANSMANN/KRAAKMAN, 110 *Yale L. J.* (2000-2001), pp. 399-400. Partiendo de esta literatura, entre nosotros y respecto de las personas jurídicas, ha insistido en este valor, SÁEZ LACAVE, M. I., «Organizaciones y concurso», *RcP*, núm. 2, 2005, pp. 179 ss., pp. 183-184.

²⁷ LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, p. 401.

²⁸ HANSMANN/KRAAKMAN, 110 *Yale L. J.* (2000-2001), pp. 395-396.

gananciales sólo respondan provisionalmente con sus bienes privativos de buena parte de las obligaciones gananciales, esto es, de las cargas o deudas de responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales (v. arts. 1319 II CC, 1362, 1363 y 1366 CC)²⁹. Ciertamente, se podría pensar que esta responsabilidad es análoga a la de los socios de una sociedad civil o en una colectiva, en las que responden subsidiaria y provisionalmente de las deudas de la sociedad (v. art. 1698 CC, así como arts. 127 y 237 CCO)³⁰. Pero, *inmediatamente hemos de precisar que estas responsabilidades se configuran de manera un tanto diferente*. Ya hemos indicado que la falta de personificación del patrimonio ganancial impide que la sociedad de gananciales actúe en el tráfico como un grupo unificado (v. *supra* 1). Esto significa que los cónyuges pueden obligar con sus actuaciones al patrimonio ganancial pero, dada la configuración de esta organización, no habrá grupo que resulte obligado. Entonces, *cuando los cónyuges actúen en virtud de su capacidad de obligar al patrimonio ganancial obligarán, efectivamente, a este conjunto de bienes, pero obligarán a la vez a su patrimonio privativo en la medida en que fueron ellos quienes actuaron en el tráfico*. De hecho, ambos patrimonios responderán *ad extra* al mismo nivel, pudiendo los acreedores gananciales elegir entre satisfacerse con cargo al patrimonio ganancial o al privativo (art. 1369 CC)³¹. *La situación es distinta en el caso de la sociedad civil o de la sociedad colectiva*. La personalidad jurídica permite descargar en el grupo el endeudamiento contraído por los socios y, por ese motivo, *los socios no responden por deuda propia del endeudamiento social*. Conceptualmente, las deudas de la sociedad se mantienen separadas de las deudas del socio resultantes de una responsabilidad *ex lege* por el endeudamiento social y los acreedores de la sociedad sólo pueden proceder frente a ellos previa reclamación infructuosa a la deudora

²⁹ Esto es lo que GARRIGUES, J., *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8.^a edición (a cargo de F. Sánchez Calero), Madrid, 1983, p. 513, denominaba para el concurso de la herencia «beneficio del inventario». Más concretamente, indica que esta protección se hace efectiva en sede de sociedad colectiva evitando la ejecución de los bienes de los socios hasta que no se haya hecho exclusión del patrimonio social, *ibid.*, p. 510.

³⁰ Respecto de la sociedad civil, v. PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1698 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1481 ss., pp. 1482-1483; no obstante, a falta de norma expresa, la considera directa DE EIZAGIRRE, *Derecho de sociedades*, pp. 140-141. Respecto de la sociedad colectiva, por todos, v. GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, pp. 522-526; PAZ-ARES, C., «La sociedad colectiva: representación y responsabilidad», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (dir.), *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 2.^a edición, Madrid, 2006, pp. 659 ss., pp. 670-675; DE EIZAGIRRE, *Derecho de sociedades*, pp. 182-184.

³¹ En determinados casos, responderá incluso subsidiariamente el patrimonio del cónyuge no deudor (v. art. 1319 II CC, en relación con los artículos 1362 y 1365 CC). Por todos, HERRERO GARCÍA, M. J., «Comentario al artículo 1319 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 583 ss., pp. 585-586.

(subsidiariedad simple; v. art. 1698 CC, respecto de la sociedad civil), o tras haber acreditado la insuficiencia patrimonial de ésta (subsidiariedad cualificada; v. arts. 127 y 237 CCO, respecto de la sociedad colectiva)³².

3. Parte en la organización y preferencia entre acreedores

De todo lo expuesto hasta ahora se desprende una idea clara: *establecer un patrimonio separado tiene como consecuencia necesaria limitar las posibilidades de agresión de los acreedores privativos de los miembros de la organización*. Así sucede en la sociedad civil y en la colectiva, en las que los acreedores privativos de cada uno de los socios no pueden dirigirse directamente a la sociedad para satisfacer los derechos de crédito que ostentan frente al socio deudor (para la sociedad civil, v. art. 1699, primer inciso; para la sociedad colectiva, v. art. 174 I CCO, implícitamente)³³. Y nada distinto ocurre en la sociedad de gananciales: mientras existan bienes suficientes en el patrimonio privativo del cónyuge deudor los acreedores privativos deberán dirigir sus acciones frente a éste. Recuérdese que el artículo 1373 CC dispone que: «Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias...».

Sin embargo, no debemos olvidar que *en esos patrimonios separados se encuentra integrado un valor que corresponde a cada uno de los miembros de la organización*. Esta es la cuota en la liquidación de cada cónyuge, en el caso de la sociedad de gananciales, y la parte o participación de cada socio en la sociedad, en el caso de las sociedades colectiva o civil. Pues bien, *estas cuotas de cónyuge y partes de socio sí que se encuentran afectas a responsabilidad patrimonial universal de cada uno de los miembros* (v. art. 1373 I CC, para la sociedad de gananciales; art. 1669, segundo inciso CC, para la sociedad civil; y artículo 174 CCO, para la sociedad colectiva). Éstas constituyen un valor que corresponde al deudor y que sus acreedores particulares o privativos deberán poder agredir para cobrarse.

³² Pone de manifiesto el efecto de la personificación en la configuración de la responsabilidad del socio, PAZ-ARES, C., *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1993, pp. 139-150, y *Curso*, II², pp. 676-683. Precisa el alcance de la subsidiariedad en la responsabilidad del socio colectivo respecto del socio de la sociedad civil, *id.*, *La responsabilidad*, 98-109, y *Comentario artículo 1698 CC*, II, p. 1483.

³³ Así, PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1699 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOTIZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1485 ss., pp. 1485-1486. Respecto de la sociedad colectiva, DE EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*, p. 71, considera que el artículo 174 CCO establece la preferencia de los acreedores sociales frente a los acreedores privativos de cada uno de los socios.

Dicho esto, hay que reconocer que existe una importante diferencia entre la parte de socio en una sociedad externa (p. ej., una sociedad colectiva) y las cuotas de los cónyuges en la sociedad de gananciales. En el caso de la sociedad colectiva, *la parte de socio existe desde el momento de la constitución de la sociedad y, desde ese mismo instante, se integra en su patrimonio como un valor más*. Se entiende, entonces, que los acreedores particulares de los socios la puedan embargar directamente para hacer efectiva su responsabilidad patrimonial (v. art. 174 CCO). Este dato explica también que no sea necesario disolver la sociedad para desgajar ese valor del fondo patrimonial común (v. art. 222 CCO). En contraste, *la sociedad de gananciales no se organiza en cuotas transmisibles*. Los cónyuges no pueden disponer aisladamente de cuotas en el fondo patrimonial, ni sus acreedores privativos embargarlas. *Para poder embargar el valor correspondiente al cónyuge deudor en ese fondo patrimonial resulta, entonces, indispensable disolver la organización*. Y quien decide acerca de esa disolución es el cónyuge *in bonis* (art. 1373 I CC).

El caso de la sociedad civil es particular, pues a pesar de ser una sociedad externa en nuestro ordenamiento jurídico, se sujetaría, en principio, a un régimen más parecido al existente para el patrimonio ganancial. En efecto, a primera vista parecería que lo que embargaría un acreedor privativo de un socio no sería la parte del socio propiamente dicha, sino la cuota del socio en el fondo o patrimonio social (art. 1699 CC)³⁴. Sin embargo, esta consideración no es exacta. Desde el momento en que se pone en pie una sociedad externa ya no es posible hablar de una cuota del socio en el fondo de la sociedad. Más bien, *debemos hablar de parte de socio, esto es, de un «derecho valor que representa todos los derechos patrimoniales del socio»* (básica, pero no exclusivamente, derecho al beneficio y a la cuota de liquidación)³⁵. Pues bien, *al igual que sucede en una sociedad colectiva, también en la sociedad civil esa parte de socio quedará integrada en su patrimonio particular desde el momento en que se constituye la sociedad* (art. 1699, *in fine* CC). Serán, entonces, los elementos dotados de contenido patrimonial de esa parte –y no sólo la cuota en el fondo patrimonial social–, los que los acreedores particulares del socio podrán embargar. *Cuestión distinta es que la falta de liquidez de*

³⁴ Por ejemplo, v. CAPILLA, F., «Comentario al artículo 1699 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXI, vol. 1 (arts. 1664 a 1708 CC), Madrid, 1986, pp. 560 ss., pp. 564-565, afirma que su autonomía patrimonial es relativa porque los acreedores particulares de los socios pueden hacer que se extinga el patrimonio social, para extraer de éste el valor que corresponde al socio. También BLANQUER, AAMN, XXV (1982), pp. 93-94, quien señala que, al igual que en el caso de los gananciales, no cabe agresión legítima sobre el patrimonio social si no es mediante la disolución de la sociedad civil.

³⁵ PAZ-ARES, *Comentario artículo 1699 CC*, II, pp. 1487-1488.

*esa parte de socio dificulte sobremanera su enajenabilidad (i. e., porque no genere una corriente suficiente de beneficios con los que cobrarse; o porque los socios no consentan la transmisión a un tercero y, en ese caso, la parte de socio no resulta enajenable *ex articulo 1696 CC*; o porque consentida ésta, no haya un tercero dispuesto a comprarla). Entonces el acreedor puede forzar la disolución de la sociedad para que se liquiden sus activos y hacer, así, efectivo su crédito sobre la cuota de liquidación que resulte (v. art. 1700.3 CC, en lo referente al embargo).* Como se puede apreciar, *en la sociedad civil la disolución no resulta de la necesidad de determinar el valor que corresponda al socio en el patrimonio social; resulta, más bien, de las dificultades que pueden plantearse en la ejecución del embargo*³⁶. No obstante, para evitar dicha disolución, los socios siempre podrán consentir que se adjudique en pago la parte del socio deudor al acreedor, u ofrecer el pago de la deuda, adquiriendo la sociedad una parte de socio que habrá de acrecer al resto de los consocios. Éstos podrán, incluso, incluir en el contrato de sociedad una cláusula de exclusión del socio deudor que limite los efectos de la disolución a su parte³⁷.

En definitiva, *la preferencia de los acreedores de la organización sobre los acreedores particulares de los miembros se hace efectiva impidiendo que éstos puedan satisfacerse sobre el patrimonio separado por delante de los acreedores de la organización*. Ahora bien, eso no impide que concreten su embargo en la parte o cuota del deudor en la organización que, a fin de cuentas, es un valor que pertenece al patrimonio del deudor.

En el caso de la sociedad de gananciales, la separación patrimonial podría quedar en entredicho en la medida en que el artículo 1373 II CC reconoce a los acreedores privativos de los cónyuges la posibilidad de embargar directamente el patrimonio ganancial. En concreto, esto sucederá cuando el cónyuge no deudor no pida que el embargo se limite a la cuota en los gananciales del deudor³⁸. Sin embargo, que esto sea así no significa que no haya separación entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de los cónyuges. Ciertamente, *si hay liquidación del patrimonio ganancial, las obligaciones gananciales se satisfarán por delante de las deudas privativas de los cónyuges, que verán limitado su poder de agresión a la cuota que corresponda al cónyuge deudor*, tal y como disponen los artículos 1401, 1402 CC, en relación con los artículos 1034 y 1082

³⁶ Con toda claridad, PAZ-ARES, *Comentario artículo 1699 CC*, II, p. 1488.

³⁷ Sobre estas cuestiones, v. PAZ-ARES, *Comentario artículo 1699 CC*, II, p. 1488, y DE EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*, p. 147.

³⁸ Por todos, v. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1373 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOTIZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 705 ss., p. 705. Esto es lo que GARRIGUES, *Curso*, II⁸, p. 513, denominaba «beneficio de separación» para la herencia. Respecto de la sociedad colectiva, *ibid.*, p. 510.

CC³⁹. Pero, también, cuando no hay liquidación y no se puede limitar el poder de agresión de los acreedores privativos a la cuota del cónyuge deudor, las obligaciones de la organización tienen preferencia en el cobro sobre el patrimonio ganancial. En efecto, tal y como entiende la doctrina más autorizada, la preferencia consagrada en los artículos 1401 ó 1034 CC es un reflejo de la separación existente entre estos patrimonios y, por lo tanto, no puede quedar limitada a los supuestos de liquidación de la masa ganancial⁴⁰.

Hechas estas aclaraciones, no nos resistimos a realizar alguna observación sobre la desaparición del artículo 927 CCO a resultas de lo previsto en la disposición derogatoria única 3.3.^a LC⁴¹. Aunque en sede de quiebra, este precepto era el equivalente funcional para la sociedad colectiva de la preferencia reconocida en el artículo 1699, inciso primero, CC, para la sociedad civil⁴². Si el codificador eligió el libro IV del Código de Comercio, dedicado a la insolvencia del comerciante, para ubicar esta regla fue porque al ser insuficiente el patrimonio de la sociedad se hacía más acuciante recordar la preferencia de sus acreedores sobre los acreedores particulares de los socios. De ellos se decía que sólo podrían cobrar, después de satisfechas las deudas sociales, sobre el remanente, si lo hubiere (art. 927 II CCO). Y ello, a diferencia de los acreedores de la sociedad, que sí podían realizar sus créditos sobre los bienes de los socios en concurrencia *pari gradu* con sus acreedores particulares⁴³. En definitiva, lo que el artículo 927 CCO trataba de poner en claro es que mientras que los acreedores de la sociedad podían pretender cobrarse tanto en la quiebra de la sociedad, como en la quiebra de cada uno de los socios producida por extensión –v. el derogado art. 923 CCO–, los acreedores de cada uno de los socios –y más concretamente, los posteriores–, sólo podrían cobrarse en la quiebra de la sociedad una vez satisfechos los acreedores societarios, esto es, sobre la cuota de liquidación correspondiente al socio deudor y respetando entre ellos el orden general de prelación⁴⁴.

³⁹ En el caso de la sociedad de gananciales, v. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario a los artículos 1401 y 1402 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 786 ss., pp. 786-788.

⁴⁰ PEÑA, Comentario artículo 1373 CC, II, p. 706, y Comentario artículos 1401 y 1402 CC, II, p. 787.

⁴¹ En el derecho anterior, criticaba esta regla VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Aspectos concursales en la sociedad irregular», en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, Madrid, 1995, pp. 3643 ss., pp. 3659-3661. Proponía su supresión GA RRIDO, J. M., *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000, pp. 442-444, quien, aunque reconocía que la existencia de un patrimonio separado daba lugar a una suerte de preferencia (p. 442), encontraba su fundamento en la «protección y fomento del crédito mercantil», razón por la cual, debería ser eliminada (pp. 443-444).

⁴² GIRÓN, *Derecho de sociedades*, I, p. 274.

⁴³ En estos términos, v. GARRIGUES, *Curso*, II⁸, p. 510.

⁴⁴ Sin embargo, GOZALO LÓPEZ, V., *La quiebra por extensión*, Madrid, 2001, pp. 403-404, sostiene que este precepto introduce un sistema de graduación de los créditos diferente al propio del comerciante individual, ya que los ordena no en atención a su natu-

Ciertamente, ni su ubicación, ni la distinción entre acreedores anteriores y posteriores, eran ya las más oportunas⁴⁵. Por ello, no hubiera estado de más que el legislador hubiera aprovechado la ocasión para armonizar su redacción con lo dispuesto respecto de la sociedad civil y para reubicarla en una sede más acorde con su contenido (p. ej., como apartado primero del art. 174 CCO). Sin embargo, su ubicación en sede de quiebra ha precipitado su desaparición al quedar derogado todo el régimen concursal codificado del que sólo formaba parte de manera formal.

Dicho esto, *la supresión de este precepto no puede ser vista como una actuación intencionada del legislador tendente a eliminar un privilegio injustificado*. Y es que si se hubiera querido eliminar dicha preferencia, también tendría que haber sido eliminado su equivalente para la sociedad civil o, incluso, el propio artículo 174 CCO, afectando irremediablemente a la configuración de estos tipos societarios como organizaciones, cosa que no ha sucedido. Entonces, la supresión del artículo 927 CCO no puede desactivar una consecuencia que es propia de la separación patrimonial y, por ende, de la existencia de una organización. La preferencia de los acreedores de la sociedad colectiva frente a los acreedores privativos de los socios subsiste como resultado de la separación existente entre las distintas masas patrimoniales⁴⁶. Y así lo revelan otros preceptos (v. arts. 174 CCO y 1699 CC).

III. SOCIEDAD DE GANANCIALES Y CONCURSO DE UNO DE LOS CÓNYUGES

1. Introducción

Acabamos de ver de qué forma la sociedad de gananciales pone en pie una organización que separa del patrimonio de los cónyuges un conjunto de bienes y los afecta a un fin común. Ahora podemos abordar con mayor claridad de ideas las cuestiones que plantea la

raleza, sino a su fecha. Asimismo, *ibid.*, pp. 404-407, considera que la mención «salva siempre la preferencia...» permitiría que los acreedores privilegiados e hipotecarios se realizaran junto a los acreedores sociales. No podemos compartir esta consideración. Dejando al margen la cuestión de la fecha, como hemos indicado en texto, esta mención sólo estaría ordenando la satisfacción de los acreedores privativos de los socios posteriores a la constitución de la sociedad conforme a las reglas generales de prelación.

⁴⁵ Respecto del sentido de distinguir entre acreedores anteriores y posteriores, v. GARRIGUES, *Curso*, II⁸, p. 510.

⁴⁶ Consideran estas reglas un mero corolario de la separación patrimonial que impone su personificación GIRON, *Derecho mercantil*, pp. 173-174, aunque atribuyendo la separación patrimonial a la existencia de una «comunidad funcional» o PAZ-ARES, *Comentario artículo 1699 CC*, II, pp. 1485-1486.

insolvencia de cualquiera de los miembros de esta organización. Éstas son básicamente dos: la primera *de qué modo afecta el concurso de uno de ellos a la sociedad de gananciales*; y la segunda, *cómo han de satisfacerse las obligaciones gananciales cuando uno de ellos ha sido declarado en concurso*. El legislador ha tratado de dar una respuesta a estos problemas en los artículos 77.2 y 84.2 LC, decantándose, por una parte, *por integrar el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso cuando haya de responder de las obligaciones del concursado, con independencia que se produzca o no su disolución*; y, por otra, *por ordenar la satisfacción como créditos concursales sólo de aquellos créditos de los que sea deudor el cónyuge concursado*. En los apartados siguientes vamos a analizar el sentido de integrar el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso (v. *infra* IV). Pero para entender los problemas que plantea esta solución, es necesario detenerse a examinar con carácter previo dos cuestiones: la primera; qué consecuencias tiene la declaración de concurso de uno de los cónyuges para la subsistencia sociedad de gananciales (v. *infra* 2); y la segunda, en qué consiste la llamada «preferencia» del cónyuge *in bonis*, considerada injustificada por algunos autores (v. *infra* 3 y 4). Una vez hecho esto, examinaremos qué créditos están legitimados para realizarse sobre estos bienes incluidos dentro del concurso (v. *infra* V).

2. Declaración de concurso y disolución de la sociedad de gananciales

Tras la reforma concursal, a resultas de la declaración de concurso de uno de los cónyuges el patrimonio ganancial queda integrado en su masa activa, pues éste ha de responder del endeudamiento contraído por el insolvente. El cónyuge *in bonis* queda, entonces, legitimado para solicitar la disolución de la sociedad de gananciales *ex artículo 77.2 LC*, segundo inciso. Esta solución no es muy distinta de la que se consagra en el ámbito extraconcursal, cuando los acreedores privativos de uno de los cónyuges traban embargo sobre los bienes gananciales. Y es que *incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso para hacerlo responder de las deudas privativas del cónyuge concursado no es un fenómeno muy distinto de embargar los bienes gananciales*. Como es sabido, en este caso, el cónyuge no deudor puede pedir la disolución del consorcio y exigir «que en la traba se sustituyan los bienes comunes por la parte que el cónyuge deudor ostente en la sociedad conyugal» (art. 1373 I CC). Pues bien, cuando, a causa del

concurso, el «embargo» se extiende a la totalidad del patrimonio ganancial y queda incluido en su masa activa, es razonable que se reproduzca en esta sede la facultad que fuera del mismo establece el artículo 1373 I CC⁴⁷. En este sentido, puede afirmarse que la regla contenida en *el segundo inciso del artículo 77.2 LC es una norma narrativa que reproduce en el concurso las consecuencias que desencadena la agresión del patrimonio común por los acreedores privativos del cónyuge concursado*⁴⁸.

Este segundo inciso del artículo 77.2 LC está redactado tomando como referencia el supuesto que será más frecuente en la práctica, esto es, que en el pasivo del cónyuge insolvente haya obligaciones privativas y obligaciones gananciales. Sin embargo, la facultad de disolver la sociedad de gananciales no se desencadenará cuando el patrimonio ganancial se incluya en la masa activa del concurso para responder *tan sólo* de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge insolvente. El patrimonio ganancial responde de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge insolvente, con independencia de que éste sea o no insolvente. De ahí que su inclusión en la masa activa del concurso de un cónyuge asediado *tan sólo* por obligaciones gananciales no sea una circunstancia que *per se* pueda legitimar al cónyuge *in bonis* a instar la disolución de la sociedad de gananciales. En estos casos, habrá que reducir la literalidad de este segundo inciso del artículo 77.2 LC para evitar extender la disolución a supuestos en los que no existe endeudamiento privativo y no esté justificada en estos términos la petición de disolución. Cuestión distinta será que concurra otra circunstancia que

⁴⁷ En apoyo de la lectura propuesta, debemos citar la justificación de la enmienda presentada por el grupo parlamentario Coalición Canaria que dio origen a la redacción actual de la norma. Allí se señalaba que: «La nueva redacción supone una mejor coordinación con lo que resulta del régimen general establecido en los artículos 1362 y siguientes del Código civil, y en especial del 1373 y 541.3 aplicables en caso de ejecuciones singulares». Entendemos que la referencia al artículo 541.3 ha de entenderse hecha al precepto correspondiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta enmienda está publicada en el BOCCG de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, y puede consultarse en <http://www.congreso.es>. Entre los autores, coinciden en conectar las lógicas de los artículos 1373 CC y 77.2 LC, BLANQUER, R., «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *CDC*, núm. 43, 2005, pp. 37 ss., p. 116, y GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La liquidación de la Sociedad de gananciales del concursado», *ADCo*, núm. 5, 2005, pp. 61 ss., p. 79, aunque éste último autor lo valora negativamente. Más amplia es la interpretación de esta regla que propone, ÁLVAREZ OLALLA, P., «La repercusión de las crisis empresariales en el régimen económico matrimonial en la nueva Ley concursal», en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Barcelona, 2005, pp. 489 ss., p. 498, pues considera que esta regla es de aplicación a cualquier deuda del concursado con independencia de que el endeudamiento sea privativa o ganancial. A la misma conclusión llega CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 216-217 y 224-230, aunque en la p. 224 reconoce que el verdadero interés en disolver *ex artículo 77.2 LC* se presenta en los casos en los que el patrimonio ganancial responda por deudas privativas del concursado.

⁴⁸ Respecto del concepto de las normas narrativas, resulta particularmente interesante la lectura del trabajo de JAYME, E., *Narrativen Normen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tübingen, 1993, *passim*.

la legítima (p. ej., injerencia de la administración concursal en la sociedad de gananciales; v. art. 1393 CC).

La racionalidad de ambas reglas es, pues, idéntica: permitir al cónyuge *in bonis* que concrete la responsabilidad del patrimonio ganancial por las deudas privativas del cónyuge insolvente sobre la cuota que le corresponde a este último en dicho patrimonio. Así, *frente al aumento sobrevenido del riesgo al que queda expuesto el patrimonio ganancial, el cónyuge in bonis puede poner a salvo su cuota en éste*. Por ello, y a pesar de lo que pudiera parecer, *la lógica de estas disposiciones no debe confundirse con la que subyace al artículo 1393.1 CC*⁴⁹. Aunque también legitima al cónyuge *in bonis* a disolver la sociedad de gananciales por causa concursal, este precepto cubre una dimensión distinta del problema. En realidad, este precepto *faculta al cónyuge in bonis a reaccionar frente a la alteración del elemento personal sobre el que se asienta la sociedad de gananciales a resultas de la declaración de concurso del otro cónyuge*. Como es sabido, la declaración de concurso habilita a la administración concursal, bien a sustituir o bien a intervenir la facultades de administración y disposición que corresponden al cónyuge concursado sobre su sociedad de gananciales (art. 40.6 LC). Ahora bien, esta actuación en interés del concurso supone un serio atentado contra el elemento personal característico de la sociedad de gananciales (v. *supra* II.2). Por tal motivo, es lógico pensar que si el cónyuge *in bonis* no desea padecer esa interferencia en la gestión de la organización, deberá quedar legitimado para deshacerla pidiendo su disolución al juez. Esta es, precisamente, la posibilidad que contempla el artículo 1393.1 CC⁵⁰.

No hay que olvidar que el artículo 1393.1 CC fue redactado tomando como referencia un régimen concursal en el que el patri-

⁴⁹ Sin embargo, NANCLARES VALLE, J., «Comentario al artículo 77 LC», en CORDÓN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004, pp. 604 ss., pp. 606 y 608, señala que el artículo 77.2 es la proyección en sede concursal del artículo 1393.1 CC, que da al cónyuge *in bonis* la oportunidad de recuperar el control sobre su parte del patrimonio ganancial. Asimismo, v. ÁLVAREZ OLALLA, P., «Comentario al artículo 77 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 928 ss., p. 933, y ARANGUREN URRIZA, F. J., *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel*, Pamplona, 2007, pp. 347 ss., pp. 364-366.

⁵⁰ Entre los autores, esta idea convive con la lógica del embargo. Así, DÍEZ-PICAZO, L., «Comentario al artículo 1393 CC», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 1782 ss., pp. 1783-1784, establece como justificación tanto la necesidad de deslindar el patrimonio ganancial para proteger el valor correspondiente al cónyuge *in bonis* de la acción de los acreedores del cónyuge concursado, como la pérdida de la confianza. En la misma línea, GARCÍA URBANO, J. M., «Comentario al artículo 1393 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 761 ss., p. 762.

monio ganancial no quedaba integrado en la masa activa del procedimiento. Este dato es importante para entender la necesidad de introducir un precepto como éste cuando ya existía el artículo 1373 CC. En efecto, *el artículo 1393.1 CC se introduce para forzar la disolución de la sociedad de gananciales en un sistema en el que la declaración de concurso de uno de los cónyuges no afectaba al patrimonio ganancial*. Y es que cuando no existía el artículo 1393.1 CC, el cónyuge *in bonis* debía aguardar a que los acreedores privativos del cónyuge insolvente fueran embargando el patrimonio ganancial para forzar la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1373 CC). Eso sucedía aunque un tercero –p. ej., el síndico de la quiebra–, estuviera ya interfiriendo en la gestión de la sociedad de gananciales. La alteración en el sustrato personal de la sociedad de gananciales que esta injerencia suponía llevó al legislador a incluir una nueva causa de disolución para los supuestos de quiebra o concurso de uno de los cónyuges invocable por el cónyuge *in bonis*. De este modo, quedaba facultado para instar su disolución desde la apertura del procedimiento, sin tener que esperar a que se produjeran posteriormente los embargos.

De lo expuesto hasta ahora se sigue sin dificultad que *los artículos 77.2 LC y 1373 CC, por una parte, y el artículo 1393.1 CC, por otra, responden a lógicas distintas*. Como acabamos de exponer, la eficacia del artículo 1393. 1 CC es independiente de la inclusión del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso y, con ello, de su utilización para pagar a los acreedores privativos del cónyuge deudor. En virtud de este precepto, *el cónyuge in bonis está legitimado para solicitar su disolución a resultas de la injerencia de la administración concursal en la gestión y disposición del patrimonio ganancial*. En cambio, *en virtud de los artículos 77.2 LC y 1373 CC el cónyuge in bonis está legitimado para poner a salvo el valor que le corresponde en la sociedad de gananciales*.

Ahora bien, una vez aclarada la diferencia, no podemos dejar que reconocer que la coexistencia de los artículos 77.2 LC y 1393 CC resulta, a primera vista, un tanto sorprendente, pues ambos preceptos anudan la consecuencia de la disolución a un mismo hecho: la declaración concurso. Sin embargo, este resultado es fácil de explicar. Al incluirse el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso, el artículo 77.2 LC ha extendido hasta el ámbito de la «ejecución colectiva» la lógica del artículo 1373 CC⁵¹. Se explica, así, que desde la entrada en vigor de la Ley Concursal, el cónyuge *in bonis* quede doblemente legitimado para instar la disolución de la sociedad de gananciales a resultas del concurso del otro cónyuge.

⁵¹ Respecto de las opciones que tiene el cónyuge *in bonis* fuera del concurso cuando un acreedor privativo del otro cónyuge embarga bienes gananciales, v. PEÑA, *Comentario artículo 1373 CC*, II, pp. 705-706.

ge: por un lado, por la injerencia de la administración concursal en la gestión de la organización (art. 1393 CC); y, por otro, por la inclusión del patrimonio ganancial en la masa activa del procedimiento (art. 77.2 LC). Como se puede comprobar, *esta circunstancia no priva de eficacia al artículo 1393.1 CC; simplemente reduce su ámbito de aplicación a los supuestos no cubiertos por los artículos 1373 CC y 77.2 LC*. Esto es, por ejemplo, lo que sucederá en aquellas situaciones de insolvencia desencadenadas por la sola existencia de endeudamiento ganancial contraído por el cónyuge insolvente. En ese caso, a pesar de la inclusión del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso, el cónyuge *in bonis* no podrá pedir la disolución *ex artículo 77.2 LC* pues no habría riesgo de que las deudas privativas del cónyuge insolvente pudieran realizarse sobre el patrimonio de la organización. Sin embargo, sí podrá instar la disolución de la sociedad de gananciales *ex artículo 1393 CC* a resultas de la injerencia de la administración concursal en su gestión⁵².

Sentado lo anterior, debemos reconocer que la comprensión del artículo 1393.1 CC se ha visto, si cabe, aún más enturbiada por el juego de la disposición adicional 1.^a, regla 2.^a, LC. Esta regla vincularía la posibilidad de solicitar la disolución de la sociedad de gananciales a la apertura de la fase de liquidación, y no a la declaración de concurso. En efecto, dicha disposición contiene un criterio de interpretación conforme con el nuevo derecho concursal, en virtud del cual cualquier referencia a la quiebra o al concurso de acreedores existente en las normas no modificadas expresamente por esa ley se transforma en una referencia a la apertura de la fase de liquidación. Entonces, la disolución de los gananciales por causa concursal *ex artículo 1393.1 CC* se retrasaría hasta ese momento. Precisamente, es esta lectura del artículo 1393.1 CC la que ha llevado a algunos autores a entender que dicho precepto habría quedado derogado por el artículo 77.2 LC, al entrar en contradicción con éste⁵³. Sin embargo, no podemos compartir esta conclusión.

⁵² No constituye un supuesto no cubierto por estos preceptos el retraso de la petición de disolución a un momento posterior del concurso (p. ej., la apertura de la fase de liquidación), pues la doctrina entiende que el cónyuge *in bonis* puede ejercitar tal facultad más allá del momento en que se declara el concurso. Así, v. *infra* nota núm. 63. Sin embargo, v. BLANQUER, *CDC* 43 (2005), pp. 118-119, considera que el artículo 1393.1 CC daría al cónyuge *in bonis* una nueva oportunidad de instar la disolución de la sociedad de gananciales en el momento en que se abriera la fase de liquidación. Discute la solución propuesta en texto, GUILARTE GUTIÉRREZ, *ADCo* 5 (2005), p. 82, para quien en cualquier caso, el cónyuge *in bonis* puede pedir la disolución invocando el artículo 77.2 LC.

⁵³ Así, ORDUÑA, F. J./PLAZA, J., «Comentario al artículo 77 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E., (dirs), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1406 ss., pp. 1411-1412. También lo considera derogado por la nueva ley ARNAU RAVENTÓS, L., *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa*. Estudio

Y ello, fundamentalmente, por dos razones. En primer lugar, como ya hemos indicado, en la medida en que la lógica de los artículos 77.2 LC y 1393.1 CC no coincide, no habría ninguna dificultad para que sus consecuencias jurídicas se asociaran a momentos distintos sin que surgiera contradicción alguna. Pero, además, en segundo lugar, no es exacto afirmar que, frente a lo dispuesto en el artículo 77.2 LC, la disolución *ex artículo* 1393 CC quedaría necesariamente vinculada a la apertura de la fase de liquidación. La referencia a la apertura de la liquidación que pretende insertarse en el artículo 1393.1 CC plantea serios problemas de coordinación con lo dispuesto en el artículo 40.6 LC. Dicho precepto establece que desde la declaración de concurso quedan afectadas las facultades de disposición y administración del cónyuge insolvente y, por lo tanto, sus facultades de administración y de disposición sobre el patrimonio ganancial. Sin embargo, si mantenemos la interpretación a la que nos lleva la aplicación estricta de la disposición adicional 1.^a.2.^a LC, el cónyuge *in bonis* tendría que esperar a la apertura de la fase de liquidación para instar su disolución por esta causa. Se produce, entonces, un *décalage* entre el momento en que se verifica el supuesto de hecho de la norma –declaración de concurso– y el momento en que el que se desencadena su consecuencia jurídica –fase de liquidación–.

El problema es que este desfase no es inocuo. Si, tal y como acabamos de señalar, el artículo 1393.1 CC pretende facilitar al cónyuge *in bonis* un instrumento para reaccionar frente a las injerencias de la administración concursal en la gestión y disposición de la sociedad de gananciales, la facultad de pedir la disolución no puede quedar vinculada a la apertura de la fase de liquidación. Se hace, pues, necesario corregir el resultado al que conduce la integración de dicho precepto conforme a lo dispuesto en la disposición adicional 1.^a.2 LC. Dicha corrección resulta relativamente sencilla, sobre todo si tomamos en cuenta su lógica: vincular las consecuencias jurídicas que determinados preceptos asociaban a la quiebra y al concurso de acreedores al momento del nuevo concurso en el que concurrirán los efectos propios de esos procedimientos típicamente liquidativos (*i. e.*, la apertura de la fase de liquidación).

de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal*, Barcelona, 2006, p. 48. Con relación al Proyecto de Ley concursal, insistía en el posible conflicto entre ambos preceptos, máxime cuando por efecto de la disposición adicional 1.^a LC, el artículo 1393.1 CC desencadenaría sus consecuencias con la apertura de la fase de liquidación, YÁÑEZ RIVERO, F., «Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico-matrimonial del concursado», *Aranzadi Civil*, núm. 20, 2002, pp. 1-12 (versión electrónica BIB 2003/34), p. 5. En contra, BLANQUER, *CDC* 43 (2005), pp. 118-119, quien considera que el artículo 1393.1 CC no ha sido derogado por la Ley Concursal, asignándole la finalidad señalada *supra* en la nota núm. 62.

Sin embargo, no siempre las referencias que existían a la quiebra y al concurso de acreedores tenían por objeto vincular una determinada consecuencia jurídica a la dimensión liquidativa de estos procedimientos. De ahí que, en no pocos supuestos, dichas referencias terminen convirtiéndose en una simple referencia al concurso regulado en la nueva ley. Como el propio legislador nos recuerda en el primer párrafo de esa disposición adicional 1.^a LC, en última instancia, el criterio residual de integración de las normas afectadas por la nueva ley será «el espíritu y la finalidad» de las mismas⁵⁴.

Volviendo al caso que nos ocupa, la interpretación conforme «al espíritu y finalidad» de la norma nos obliga a determinar si existía alguna vinculación entre el tenor literal del artículo 1393.1 CC y el carácter liquidativo de la quiebra o del viejo concurso de acreedores. De no ser así, la interpretación más razonable será vincular la causa de disolución a la declaración de concurso.

En este punto hemos de precisar que no existe una relación directa entre la literalidad del artículo 1393.1 CC y el carácter liquidativo de los procedimientos señalados. La limitación de la causa de disolución a la declaración procedimientos de quiebra y concurso de acreedores en la redacción original del artículo 1393.1 CC se explica porque en esos casos el deudor perdía completamente el poder de disposición sobre sus bienes. Entonces, los síndicos le sustituían en el ejercicio de sus facultades de disposición y de administración y, de este modo, interferían en la vida de la sociedad conyugal. Si no se mencionaba la suspensión de pagos o al beneficio de quita y espera es porque, en principio, en estos procedimientos no se producía una privación absoluta del poder de disposición del deudor. Lo habitual era que los actos de administración y disposición del deudor, –incluidos los que tuvieran que ver con la sociedad de gananciales de la que era miembro–, quedaran sólo sujetos a intervención (v., por ejemplo, art. 6 LSP). Los interventores tenían, entonces, que autorizar cualquier acto de administración y de disposición sobre el patrimonio ganancial en el que interviniere el cónyuge insolvente. Salta a la vista que, aunque en menor medida, también en estos supuestos se producía la injerencia de un tercero guiado por intereses particulares –i. e., los intereses del procedimiento–. Por eso, cabría defender una interpretación extensiva del precepto para entender que, también en estos casos, el cónyuge *in bonis* estaba legitimado para instar la disolución de la sociedad de gananciales.

⁵⁴ Entre quienes critican los excesos que puede producir la aplicación literal de esta disposición adicional, v. MORILLAS, M. J., «Comentario a la disp. adic. 1.^a LC», en, A./ROJO/BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 3028 ss., pp. 3032-3033. Recoge las críticas que se vertieron durante el trámite parlamentario, DEL MORAL, I., «Comentario a la disp. adic. 1.^a LC», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, J. C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 1763 ss., pp. 1763-1764.

Como acabamos de poner de manifiesto, la facultad de disolver la sociedad de gananciales no era una consecuencia vinculada en exclusiva a los procedimientos liquidativos. Entonces, no hay ninguna dificultad para permitir al cónyuge *in bonis* ejercitar dicha facultad desde el momento en que se producen esas injerencias, esto es, desde la declaración de concurso⁵⁵,⁵⁶.

Antes de cerrar este apartado, debemos señalar que la lógica del artículo 1393.1 CC se reproduce en otras reglas que encontramos en la regulación de la sociedad civil y de sociedad colectiva⁵⁷. En efecto, también en el artículo 1700.3 CC, al contemplar la «insolvencia [...] de cualquiera de los socios» y en el artículo 222.3 CCO, al referirse a «la quiebra de cualquiera de los socios», como causas de disolución de la sociedad civil y de la sociedad colectiva, se está dando una respuesta a la alteración del sustrato personal de estas sociedades. Dicho problema se puede describir en los siguientes términos: *la afección de la parte del socio insolvente al pago de sus acreedores particulares altera el sustrato subjetivo de la sociedad que ha servido de fundamento para el otorgamiento del negocio fundacional y, por lo tanto, legitima al resto de los socios para disolver la sociedad*. Y es que, a resultas del concurso, se desplaza al socio insolvente de las tareas de administración de la sociedad en beneficio de la administración concursal, que bien reemplaza al concursado en sus funciones (en los supuestos de sustitución), o bien condiciona las decisiones que éste pueda adoptar en interés del concurso (en los supuestos de intervención). La insolvencia del socio puede, incluso, acabar dando entrada en la sociedad a un tercero a resultas de la ejecución de su parte en la sociedad⁵⁸. Pues

⁵⁵ También CABANAS TREJO, R., «Situaciones de insolvencia en la empresa familiar (especial atención a los créditos subordinados)», en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Barcelona, 2005, pp. 379 ss., p. 468, llama la atención sobre el hecho de que haya que leer el artículo 1393 CC referido a la fase de liquidación del concurso y considera que hay que entenderlo referido al concurso. CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, p. 230 evita vincular la aplicación del artículo 1393 CC a la apertura de la fase de liquidación entendiéndolo subsumido en el artículo 77.2 LC.

⁵⁶ Otro caso particularmente claro de interpretación conforme al espíritu y finalidad de la norma es el de la fianza, respecto del beneficio de excusión (art. 1831 CC). Tampoco en este caso la referencia a la quiebra o al concurso ponía de manifiesto ninguna conexión con la apertura de un procedimiento liquidatorio, sino la falta de bienes suficientes sobre los que hacer efectiva la responsabilidad del acreedor. Por ello también en la suspensión de pagos se perdía el beneficio de excusión. Se entiende, entonces, que tampoco en este caso la lectura del precepto deba entenderse realizada a la apertura de la fase de liquidación.,

⁵⁷ Así, por ejemplo, BLANQUER, AAMN, XXV (1982), p. 124 o DE LOS Mozos, *Comentario artículo 1373 CC*, XVIII, 2, p. 331, consideran que el artículo 1373 CC está en la línea de lo dispuesto en los artículos 1699 y 1700.3 CC, en sede de sociedad civil. Como ya hemos visto, la equivalencia entre los artículos 1373 CC y 1699 CC es exacta; pero como vamos a ver inmediatamente, no lo es la establecida entre el artículo 1373 CC y el artículo 1700.3 CC, en lo referente a la quiebra de la sociedad.

⁵⁸ La interpretación de estos preceptos no es fácil y así lo reconoce PAZ-ARES, C., «La sociedad colectiva. Disolución y liquidación», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 2.^a edición, Madrid, 2006, pp. 715 ss., p. 723, respecto del artículo 222.3.^o CCO. Entre nosotros, llegan a conclusiones similares a las expresadas

bien, es evidente que en todos estos casos se produce una alteración del elemento personal de la sociedad que explica la activación de una causa de disolución vinculada a la apertura del procedimiento. Esta explicación no resulta, sin embargo, extensible al justo motivo de denuncia contemplado en el artículo 1707 CC. En este caso, la insolvenza no declarada de un socio legitima a los demás a denunciar el contrato de sociedad a resultas del aumento del riesgo inicialmente contratado, esto es, el que resulta de que uno de los socios no pueda hacer frente a su responsabilidad por las deudas societarias⁵⁹.

Hechas estas precisiones, la interpretación del artículo 222.3 CCO plantea una dificultad añadida. A través de la disposición final 2.^a LC se ha modificado expresamente su literalidad para vincular la disolución de la sociedad colectiva a la apertura de la fase de liquidación. A nuestro juicio, esta solución es criticable por dos motivos: por una parte, porque desconoce la lógica que se encuentra detrás de este precepto; y, por otra, por la contradicción de valoración que se genera cuando se corrige la redacción del artículo 222.3 CCO, y se deja inalterado el contenido del artículo 1700.3 CC⁶⁰. Entonces, el intérprete queda enfrentado a un difícil dilema:

en texto, CAPILLA, *Comentario artículo 1700 CC*, XXI, 1, pp. 594-595, o PAZ-ARES, C., «Comentario al artículo 1700 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1489 ss., pp. 1493-1494. En sede concursal, apuntan que ésta es la racionalidad que seguramente está detrás del precepto BELTRÁN, E./MARTÍNEZ FLÓREZ, A., «Comentario a la disp. fin. 2.^a LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 3102 ss., p. 3112. En la literatura alemana, lo expresa con toda claridad para la oHG, SCHMIDT, K., *Gesellschaftsrecht*, 3.^a edición, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, p. 1507. Sin embargo, para, DE EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*, p. 193, la justificación estaría, más bien, en el aumento del riesgo que representa para los demás la quiebra de uno de los socios. En la literatura alemana, respecto de la sociedad civil, considera que se trata de una consecuencia derivada de la necesidad de extraer el valor correspondiente a la parte de socio de la sociedad. ULMER, P., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. 5, vol. 3, 3.^a edición, Munich, 1997, § 728 RdN. 1-2, p. 413; y lo mismo para la sociedad colectiva, Ulmer, P., *Staub Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, t. II, vol. 1, 3.^a edición, Berlín-Nueva York, 1973, § 131, p. 368, antes de la reforma de 1998. Con posterioridad, y una vez convertida esta causa de disolución de la sociedad en una causa de exclusión, v. en el mismo sentido, SCHÄFER, C., en CANARIS, C. W./SCHILLIG, W./ULMER, P. (eds.), *Staub Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, t. II, 4.^a edición, 2004, § 131 RdN. 86 y 89, pp. 48-50. En la literatura italiana, MAFFEI ALBERTI, A., «Comentario al artículo 149 Legg.Fall.», en *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 4.^a edición, Padua, 2000, pp. 648 ss., p. 648, nos recuerda que la razón de ser de preceptos como el artículo 2288 *Codice civile*, que contempla la exclusión del socio de la sociedad en caso de ser declarado en concurso, se encuentra en la degradación del elemento fiduciario característico de las sociedades de personas.

⁵⁹ En esta línea, CAPILLA, *Comentario artículo 1700 CC*, XXI, 1, p. 525, o PAZ-ARES, *Comentario artículo 1700 CC*, II, pp. 1493-1494.

⁶⁰ Son particularmente oportunas las críticas de VELASCO SAN PEDRO, L.A., «Comentario a la disposición final segunda», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. IV, Valladolid, 2004, pp. 3651 ss., pp. 3656-3657. Sin embargo, a juicio de GADEA SOLER, E., «Comentario a la disposición final segunda», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Madrid, 2004,

o bien debe tolerar que respecto de un mismo problema –*i. e.*, la apertura de un procedimiento concursal– pueda llegarse a soluciones distintas; o bien debe sostener la necesidad de realizar una interpretación *abrogans* que permita devolver la coherencia valorativa a este grupo de preceptos⁶¹. La defensa de la coherencia del sistema jurídico nos impide defender soluciones distintas para supuestos valorativamente iguales. Por ello, nos decantamos por la segunda opción.

3. La «preferencia» del cónyuge *in bonis*

Tal y como acabamos de ver, los artículos 1373 I CC y 77.2 LC permiten *al cónyuge no deudor limitar la responsabilidad del patrimonio ganancial por las deudas privativas del otro cónyuge*. Para hacer efectiva dicha limitación de responsabilidad, el cónyuge *in bonis* debe exigir que se separe la cuota que en dicho patrimonio corresponde al cónyuge deudor a fin de que puedan satisfacerse sobre ella sus acreedores privativos. Ya sabemos que esa separación sólo puede llevarse a cabo disolviendo la sociedad de gananciales (v. *supra* II.3). En efecto, una vez instada la disolución, se liquidará la organización satisfaciendo todas las obligaciones gananciales y, a continuación, el sobrante se repartirá a partes iguales entre los cónyuges. De este modo, los acreedores privativos del cónyuge deudor podrán cobrarse sobre su cuota de liquidación y la responsabilidad por las deudas privativas del cónyuge insolvente se concretará sobre la parte de los gananciales que le corresponda⁶². En cambio, si el cónyuge *in bonis* no insta la disolución, *el «embargo colectivo» que el concurso representa se hará efectivo sobre todo el patrimonio ganancial*. Entonces, tanto los acreedores gananciales como los privativos del cónyuge concursado concurrirán sobre el patrimonio común para cobrarse, satisfaciéndose preferentemente los primeros sobre los segundos (v. *supra* II.3)⁶³. El

pp. 1807 ss., p. 1810, la explicación a esta regla estaría en la existencia de un procedimiento único.

⁶¹ Respecto de la aplicación del artículo 1700 CC al estado de insolvencia judicialmente declarado, por todos, v. PAZ-ARES, *Comentario artículo 1700 CC*, II, pp. 1493-1494.

⁶² Por todos, PEÑA, *Comentario artículo 1373 CC*, II, p. 706; LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, pp. 442-443; DE LOS MOZOS, *Comentario artículo 1373 CC*, XVIII, 2, pp. 334-336. Esboza también esta posibilidad, Torralba, V., «Comentario al artículo 1373 CC», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 1734 ss., pp. 1754-1755.

⁶³ Sin embargo, MAGRO SERVET, V., «La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», *Diario La Ley*, núm. 6213, de 18 de marzo de 2005,

equilibrio patrimonial de la sociedad de gananciales puede restaurarse *a posteriori* a través del derecho de reintegro que surge a favor de la sociedad de gananciales por los créditos privativos del cónyuge deudor satisfechos sobre este conjunto de bienes (art. 1373 II CC). Por lo tanto, *si el cónyuge in bonis desea mantener en pie la organización familiar, deberá soportar que los acreedores privativos del cónyuge concursado realicen sus créditos sobre todo el patrimonio ganancial*, poniendo así en riesgo su valor en la sociedad de gananciales, pero disponiendo a cambio de un mecanismo de reintegración de las cantidades «anticipadas».

Una vez satisfechas las obligaciones gananciales en el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales, *el cónyuge in bonis tiene derecho a percibir su cuota de liquidación por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado*. Y es que el remanente que resulta de liquidar la sociedad de gananciales sólo se integra en su patrimonio privativo cuando se haya descontado la cuota correspondiente al cónyuge *in bonis*⁶⁴. Será sobre ésta –y sólo sobre ésta– sobre la que habrán de satisfacerse los acreedores privativos del cónyuge insolvente. Se reconoce, así, a favor del cónyuge *in bonis*, un *derecho al valor existente en el patrimonio ganancial* que recuerda a ciertas formas de preferencia. Sin embargo, y a pesar de las apariencias, dicho derecho no debe confundirse con las preferencias crediticias existentes en el derecho patrimonial (p. ej., con la prededucción, o con las garantías reales, o con los privilegios, sean éstos especiales o sean generales). En realidad, *éste no refleja un mejor derecho para el cobro frente a otros acreedores que concurren sobre un mismo patrimonio* (i. e., porque se le ha afectado en exclusiva el valor de un bien o, con mayor o menor intensidad, de todo el patrimonio). *Refleja que los cónyuges son titulares del valor existente en esa organización una vez que se ha producido su liquidación* (art. 1404 CC)⁶⁵. La expresión «preferencia» se utiliza, entonces, de manera impropia para expresar el derecho a la cuota de liquidación de los cónyuges sobre dicho patrimonio.

pp. 1 ss., p. 8, considera que, en estos supuestos, se excluye la responsabilidad subsidiaria de los gananciales frente a cualquier crédito privativo.

⁶⁴ GARNICA MARTÍN, J., «Comentario al artículo 21 LC», en SAGRERA, J. M./SALA, A./FERRÉ BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley concursal*, t. I (arts. 1-70), Barcelona, 2004, p. 223, reconoce que no hay ninguna dificultad para que el cónyuge *in bonis* manifieste su opción por la disolución con posterioridad a la declaración de concurso (p. ej., cuando haya empezado el reconocimiento de los créditos). De la misma opinión son ALVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, p. 502, y GUILARTE GUTIÉRREZ, ADCo, 5 (2005), pp. 74-75.

⁶⁵ En términos similares, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 80-81 y 244-245.

A la vista de lo dicho, no será de aplicación a este supuesto la regla prevista en el artículo 89.2 LC. Recordemos que a través de dicho precepto se trata de hacer efectivo el principio de la *par condicio creditorum*, restringiendo los privilegios eficaces en sede concursal a aquellos que expresamente se reconozcan en esa ley⁶⁶. Si sostuviéramos que la «preferencia» del cónyuge *in bonis* sobre los acreedores privativos del cónyuge insolvente es una auténtica preferencia crediticia, tendríamos que sujetarnos a lo dispuesto en el artículo 89 LC y privarle de todo efecto en sede concursal. Sin embargo, como acabamos de ver, ésta no es una preferencia que afecte el valor del patrimonio insolvente al pago de determinados acreedores; es más bien el resultado de atribuir a los cónyuges el valor que queda en la organización tras haberla liquidado. A fin de cuentas, ellos son los titulares de ese valor y su satisfacción no puede quedar sometida a las limitaciones del artículo 89 LC. Precisamente porque el cónyuge *in bonis* es el titular del valor que queda en la organización después de haber satisfechos las obligaciones gananciales, tampoco será de aplicación la regla de la subordinación prevista para las personas especialmente relacionadas con el deudor al abono de la cuota de liquidación (art. 93.1.1 LC).

4. La crítica de la «preferencia» del cónyuge *in bonis*

Una vez aclarada la naturaleza de la mal llamada «preferencia» del cónyuge *in bonis* para el cobro de la cuota liquidación, hay que reconocer que ésta ha sido objeto de crítica por algún sector de la doctrina. Así, se entendía que *mantener su eficacia en el concurso conduciría a vaciar el patrimonio ganancial en perjuicio de los acreedores concursales*⁶⁷. En efecto, en este caso, los acreedores privativos del cónyuge concursado sólo podrían cobrarse sobre una parte del valor existente en la sociedad de gananciales. La otra parte habría sido asignada al cónyuge *in bonis*, infringiendo así el principio «antes pagar que liquidar». Sin embargo, no podemos compartir estas críticas y ello, fundamentalmente, por dos motivos: el primero, porque esta solución no hace otra cosa que hacer efec-

⁶⁶ Por todos, v. GARRIDO, J. M., «Comentario al artículo 89 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1596 ss., pp. 1600-1601, para quien la admisión de un nuevo privilegio en el sistema concursal exigiría una previsión expresa del legislador reconociendo eficacia a esa preferencia frente al concurso.

⁶⁷ Así, por ejemplo, v. BELTRÁN, E., «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en GARCÍA VILLAVERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, Madrid, 2001, pp. 153 ss., pp. 160-161, donde criticaba que el cónyuge *in bonis* pudiera cobrarse fuera del concurso y antes que los demás acreedores. Asimismo, v. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 77 LC», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Valladolid, 2004, pp. 1547 ss., pp. 1566-1567 y 1569-1570.

tiva la separación existente entre ambos patrimonios, ajustando el ejercicio de los derechos de crédito sobre aquella parte del patrimonio ganancial sobre la que los acreedores privativos tienen derecho a satisfacerse [v. *infra a*)]; y el segundo, porque los acreedores gananciales, frente a los que responde directamente el patrimonio ganancial, disponen de las herramientas necesarias para garantizarse que ninguno de los cónyuges percibe indebidamente la cuota de liquidación [v. *infra b*)].

a) En primer lugar, satisfacer al cónyuge *in bonis* su cuota de liquidación por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado no supone privar a éstos de su derecho a cobrarse con cargo al patrimonio ganancial. La existencia de una separación entre patrimonios impone que sólo puedan satisfacerse sobre la cuota que le corresponde al cónyuge deudor. Y esta consecuencia es común a toda organización, sea una sociedad de gananciales o sea una sociedad anónima⁶⁸. En efecto, *abierta la liquidación, las obligaciones gananciales se satisfacen de forma inmediata sobre el patrimonio ganancial, mientras que los acreedores privativos del cónyuge insolvente sólo tienen derecho a cobrarse sobre el valor que le corresponda a éste tras la liquidación*. Esta solución es absolutamente respetuosa con el principio «antes pagar que partir», que se aplica a cualquier situación de liquidación y que pone de manifiesto la necesidad de atender al pago de los acreedores de la organización antes de satisfacer el valor que corresponda a sus miembros (v. gr., socios, cónyuges, coherederos, etc.). Pues bien, en el caso de la sociedad de gananciales, *los acreedores privativos de cada uno de los cónyuges no son acreedores que pueden beneficiarse de este principio. Éstos no son acreedores de la organización y, por lo tanto, sus derechos sobre el patrimonio ganancial en sede de liquidación quedan limitados a la cuota que corresponda al cónyuge concursado* (v. arts. 1373 I CC y 77.2 LC; pero también, en la sociedad civil, arts. 1699 y 1700.3 CC, en lo referido al embargo; en la sociedad colectiva, art. 174 CCO). Así las cosas, *que los acreedores privativos del concursado sólo puedan satisfacerse con cargo su cuota en el patrimonio ganancial, no es un resultado indeseable, sino la consecuencia de la separación existente entre el patrimonio ganancial y los patrimonios privativos de los cónyuges* (v. *supra* II.2).

b) En segundo lugar, tampoco hay riesgo de que *los acreedores gananciales* puedan quedarse sin cobrar a resultas de una liquidación defectuosa que vacíe el patrimonio ganancial en beneficio

⁶⁸ Sin embargo, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 259-260.

del cónyuge solvente. Como tendremos ocasión de comprobar, la liquidación del patrimonio común no sigue las reglas propias de liquidación concursal, sino que se realiza conforme a las reglas propias de la liquidación del patrimonio ganancial [v. arts. 21.1.7.^o y 77.2 LC, arts. 1397 a 1410 y 1082 a 1087 CC, así como arts. 806 a 811 LEC; v. *infra* IV.2.b)]. En lo que ahora interesa, esto significa que mantiene su vigencia el régimen de responsabilidad que establece el Código civil para los supuestos en los que se divida el patrimonio ganancial entre los cónyuges y queden, sin embargo, sin satisfacer créditos que hubieran debido realizarse sobre el mismo. En concreto, los acreedores no satisfechos podrán reclamar al cónyuge no deudor el pago de la totalidad de su crédito con el límite del valor recibido en la liquidación de los gananciales (v. arts. 1401, 1402, 1410 y 1084 CC). Y en esta reclamación tendrán preferencia sobre los acreedores privativos del cónyuge en cuestión⁶⁹. Más aún, en aquellas situaciones en las que, a pesar de la atenta supervisión del juez y de la administración concursal, resultaran infringidas las normas relativas a la formación del inventario, todo el patrimonio privativo del cónyuge *in bonis* responderá del pago de las deudas no cubiertas de las que respondía directamente el patrimonio ganancial (responsabilidad *ultra vires*; v. arts. 1084 y 1401 CC)⁷⁰. Como se puede apreciar, incluso en estos supuestos, el riesgo de vaciamiento en perjuicio de los acreedores gananciales se encuentra razonablemente amortiguado. Por lo tanto, no hay razones para limitar este derecho a la cuota de liquidación del cónyuge *in bonis*.

IV. PATRIMONIO GANANCIAL Y MASA ACTIVA DEL CONCURSO

1. Patrimonios comunes y masa activa del concurso

Para poder valorar en sus justos términos la decisión del legislador de incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso, debemos examinar, de forma más general, de qué modo afecta al patrimonio de una organización la declaración de concur-

⁶⁹ PEÑA, *Comentario artículos 1401 y 1402 CC*, II, pp. 787-788 y 790; DE LOS Mozos, J. L., «Comentarios a los artículos 1399 a 1403 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVIII, v. 2 (arts. 1344 a 1410 CC), Madrid, 1984, pp. 483 ss., pp. 490-491. Pondera el valor del artículo 1401 CC en sede concursal para proteger el interés de los acreedores gananciales y, a la vez, tutelar el derecho del cónyuge *in bonis* CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 257-261.

⁷⁰ PEÑA, *Comentario artículos 1401 y 1402 CC*, II, p. 788.

so de uno de sus miembros. El legislador no ha regulado esta situación de forma general, y cuando lo ha intentado en supuestos particulares -p. ej., para la sociedad de gananciales o para la sociedad colectiva-, hay que reconocer que no lo ha hecho con demasiada fortuna.

Con carácter general, se puede afirmar que *sólo debería quedar integrada en la masa activa del concurso aquella parte o valor del patrimonio de la organización que pertenezca al deudor*. La razón es clara: sólo sobre ésta puede hacerse efectiva su responsabilidad patrimonial *ex artículo 1911 CC*; el resto del valor existente en el patrimonio de la organización es valor ajeno⁷¹. Las organizaciones habrán de disponer, entonces, de recursos que les permitan evitar que se incluyan en la masa activa del concurso de un miembro los bienes comunes que puedan encontrarse en su poder. Ahora bien, inmediatamente hay que reconocer que esto puede entrar en conflicto con el derecho de los acreedores del insolvente a satisfacerse sobre la parte o el valor que le pueda corresponder en ese patrimonio⁷². Por ello, tal y como ya avanzábamos, el legítimo interés de la organización en mantener su patrimonio fuera del concurso de uno de sus miembros habrá de convivir con el reconocimiento simultáneo a los acreedores particulares de ese miembro de un derecho a realizar sus créditos sobre el valor que le corresponda en ella (v. *supra* II.3).

Aislar la cuota que corresponde al deudor para integrarla en su concurso exigirá, en algunos casos, disolver la organización [para la sociedad de gananciales, v. artículos 1373 I CC y 77.2 LC; (v. *supra* III.2)]. En la medida en que nos encontremos ante un patrimonio solvente, esta operación habrá de realizarse conforme a las reglas de liquidación (extraconcursales) aplicables a dicho patrimonio. *Sin embargo, habrá casos en los que no será necesario proceder a la disolución*. Esto es lo que sucederá cuando los miembros puedan disponer de sus cuotas durante la vida de la organización y, por lo tanto, éstas pueden ser embargadas o incluidas directamente en la masa activa del concurso. Éste es el caso de la sociedad colectiva o de la sociedad civil. Pero también puede suceder que, siendo precisa la disolución para aislar la cuota, los miembros prefieran mantener en pie la organización (v. art. 1373 II CC y

⁷¹ En la literatura alemana, esta posición es unánime. Así, por todos, v. STODOLKOWITZ, H. D., en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I, Munich, 2001, § 84 RdN. 1, pp. 1808-1809.

⁷² Con relación al patrimonio consorcial de los cónyuges, v. SCHUMANN, E., en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I, Munich, 2001, § 37 RdN. 32, p. 781.

77.2 LC, para la sociedad de gananciales). *Pues bien, en ambos casos, la regla general será que el patrimonio de la organización habrá de permanecer fuera del concurso.* Existiendo cuotas de las que los socios puedan disponer –p. ej., en el caso de la sociedad colectiva o en el caso de la sociedad civil–, serán éstas las que queden integradas en la masa activa del concurso. En caso contrario, y a falta de disolución, podrán satisfacerse sobre el patrimonio de la organización cualquiera de los créditos concursales frente a los que responda, respetando en todo momento el mejor derecho de cobro de los acreedores de la organización frente a los acreedores privativos de sus miembros⁷³.

La solución descrita es la adoptada por el legislador alemán. No está de más recordar que en este ordenamiento, las sociedades personalistas son consideradas comunidades en mano común. Por lo tanto, en principio, han de ser disueltas total o parcialmente para extraer la cuota del socio⁷⁴. Por el contrario, la comunidad conyugal queda sin liquidar, pues el concurso de cualquiera de los cónyuges no se configura como una causa de disolución. Entonces, la organización subsiste al margen del procedimiento y sobre su patrimonio se van realizando los créditos de cuyo pago responde (§ 84 *InsO*). La solución, sin embargo, cambia cuando sólo uno de los cónyuges tiene atribuida la facultad de administrar el consorcio matrimonial (§ 37 *InsO*)⁷⁵. En ese supuesto, sólo ese cónyuge podrá obligar al patrimonio común. Por ese razón, se integra todo el patrimonio en el concurso sin que, en ese momento, el cónyuge *in bonis* pueda reclamar su cuota en el mismo⁷⁶. No obstante, en la medida en que puede haber deudas contraídas por el cónyuge *in bonis* de las que deba responder el patrimonio común (p. ej., deudas propias de éste; deudas comunes contraídas con el consentimiento del otro cónyuge, etc.), éstas también pueden satisfacerse dentro del procedimiento abierto sobre el otro cónyuge⁷⁷.

La solución que acabamos de exponer difiere de la adoptada por el legislador español en la Ley Concursal respecto de la sociedad de gananciales. En ese caso, el patrimonio común queda integrado en la masa activa del concurso del cónyuge insolvente (art. 77.2 LC). Cabría pensar que integrar el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso podría servir para *coordinar las ejecucio-*

⁷³ Sin embargo, siguiendo la solución adoptada en la Ley Concursal, ÁLVAREZ OLLA, *El patrimonio familiar*, I, pp. 499-500, considera que los bienes gananciales deben ser incluidos en su totalidad en la masa activa, pues responden de una manera o de otra de las deudas del concursado.

⁷⁴ V. *supra* nota núm. 58.

⁷⁵ SCHUMANN, *MünchKomm InsO*, § 37 RdN 32, p. 781.

⁷⁶ *Ibid.*, § 37 RdN 1 y 21, pp. 774 y 778, que lo considera una excepción a la regla general relativa a la integración de la masa activa del concurso.

⁷⁷ *Ibid.*, RdN 24, pp. 779-778.

nes sobre ese patrimonio común. De este modo, se evitaría que concurrieran desordenadamente las obligaciones privativas y las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge concursado cuando el cónyuge *in bonis* optara por no disolver la organización. La integración en la masa activa del concurso sería, entonces, el cauce procedural a través del cual se garantizaría que todos estos acreedores habrían de concurrir simultáneamente sobre el patrimonio ganancial y que unos no cobrarían en perjuicio de otros. Sin embargo, a nuestro juicio, esto sería tanto como restaurar la vigencia del derogado y –dicho sea de paso, muy criticado–, artículo 923 CCO. Efectivamente, para conseguir un propósito similar respecto de los acreedores de las sociedades personalistas, este precepto extendía la declaración de quiebra a los socios colectivos. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, para alcanzar este objetivo no es necesario someter a concurso ni al patrimonio ganancial, ni al patrimonio personal de los socios solventes. En caso de disolución, cabe pensar que la propia liquidación del patrimonio ganancial contribuiría a ordenar la concurrencia entre acreedores. Y si no fuera suficiente, bastaría con implementar mecanismos que permitieran coordinar el ejercicio de estas acciones a través de la administración concursal⁷⁸.

La solución diseñada por el legislador presenta, además, una dificultad añadida, esto es, *impone unos costes importantes al procedimiento concursal*. En efecto, integrar el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso supone atribuir el conocimiento de esta liquidación al juez del concurso. Pues bien, esta asignación tiene unos costes nada despreciables. Por un lado, está el riesgo de contaminación en las decisiones relativas a la liquidación de los gananciales por los efectos del concurso; por otro, el riesgo de sobrecarga de trabajo; y por fin, están los costes de administración derivados de integrar la masa ganancial dentro de la masa activa del concurso y que tienen fundamentalmente que ver con la coordinación de los pagos de todos los acreedores legitimados a satisfacerse sobre esa masa patrimonial⁷⁹. Como veremos, en algunos casos, éstos ni siquiera serán acreedores concursales (v. *infra* V).

⁷⁸ Entre nosotros, SÁEZ LACAVE, *Rcp*, 2 (2005), pp. 193-194, apunta que la regla contenida en el artículo 48.5 LC sustituye los efectos del artículo 923 CCO. Con relación al derecho derogado GOZALO, *La quiebra por extensión*, pp. 268-269, reconoce que esta regla atendería, entre otros, al interés de garantizar que los acreedores concurran en pie de igualdad en la realización de patrimonios distintos del patrimonio del deudor.

⁷⁹ Sobre los riesgos que entraña traer a la competencia del juez del concurso el conocimiento de determinadas cuestiones, nos permitimos remitir a BERMEJO, N., «Los efectos del concurso sobre los créditos: una nueva aproximación», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 31, 2005, pp. 3 ss., pp. 8-10.

Por lo tanto, debería haberse valorado con más cuidado la decisión de incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso.

Un ejemplo particularmente revelador de los problemas de coherencia que genera esta solución es el que plantea el juego del sistema de preferencias que establece la Ley Concursal. Nótese que, aún siendo un patrimonio solvente, la satisfacción de los créditos dentro del concurso con cargo a esa masa patrimonial habrá de hacerse, en ciertos supuestos, en los términos establecidos por la Ley Concursal. Así, por ejemplo, cuando el cónyuge *in bonis* no solicite la disolución de la sociedad de gananciales, los acreedores habrán de satisfacerse sobre un patrimonio solvente siguiendo, paradójicamente, el orden de prelación establecido en la ley para los patrimonios insolventes (v. arts. 89 a 93 LC). Otro ejemplo lo encontramos en la ordenación del cobro de los acreedores gananciales, cuando el cónyuge *in bonis* no solicita la disolución. En estos casos, los titulares de aquellos créditos que hubiera contraído el deudor insolvente sufren todos los efectos del concurso para realizarse sobre un patrimonio solvente, como normalmente será el ganancial; por el contrario, los titulares de aquellos créditos que hubieran sido contraídos por el cónyuge *in bonis* podrán cobrarse sobre esos bienes sin padecer restricción alguna (v. *infra* V.3).

2. La integración del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso

Una vez que hemos determinado conforme a qué criterios han de tratarse los patrimonios separados en el concurso de uno de los miembros de la organización, vamos a examinar de cerca la regla existente para la sociedad de gananciales. Ya sabemos que dicha regla impone la inclusión del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso (art. 77.2 LC). Pues bien, lo primero que tenemos que hacer es reiterar algo que avanzamos en el apartado anterior: no hay ninguna razón para incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso. El patrimonio ganancial es un patrimonio distinto del patrimonio de cada uno de los cónyuges, que, *a partir de la reforma del derecho de familia del 1981, administran y disponen conjuntamente*. Por ello, desde ese momento, no debería recibir un tratamiento diferente del que corresponde a otros patrimonios separados, como el de una sociedad civil o el de una sociedad colectiva, que, en ningún caso, son incluidos en la masa activa del concurso de los socios insolventes⁸⁰.

⁸⁰ Con carácter general, GARRIGUES, *Curso*, II⁸, p. 460, afirmaba que en caso de comunidad, condominio o sociedad se incluía en la masa sólo la parte que correspondía al quebrado tras haber practicado la liquidación al margen de la quiebra. Sin embargo, al abordar la cuestión de la separación *ex iure dominii* (art. 909.1 y 2 CCO), señalaba lo siguiente: «es evidente que en la quiebra del marido sólo deben figurar sus propios bienes y no los de su mujer, los cuales en ningún momento responden de las deudas de aquél (arts. 1360

En efecto, antes de la reforma de 1981, los bienes familiares se encontraban bajo el poder del esposo. Este dato explicaba que, declarada su quiebra o su concurso, todos ellos fueran ocupados por los síndicos y que, posteriormente, la esposa pudiera ejercitar las acciones de separación correspondientes para extraer sus bienes propios. Estos bienes no eran otros que los parafernales y los dotales a los que se referían los artículos 909.1 y 2 CCO⁸¹. Junto a estos bienes privativos, se encontraban también en poder del marido los *bienes comunes o patrimonio ganancial*, del que éste era el único administrador y, por lo tanto, el único sujeto capaz de contraer deudas contra ellos. En esta situación, es fácil de entender que, por una parte, los bienes responsables de estas deudas comunes fueran, no sólo sus bienes privativos, sino también los comunes y, por otra, que en caso de quiebra o de concurso de acreedores, éstos tuvieran que quedar necesariamente incluidos en la masa activa de tales procedimientos. No en vano, estaban llamados a responder directamente de las obligaciones «comunes» contraídas por el insolvente. La situación cambia cuando, en 1981, se atribuye a los cónyuges la administración conjunta de la sociedad de gananciales y, por lo tanto, la potestad de endeudar al patrimonio ganancial. Deja, entonces, de tener sentido integrar el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso de uno de los cónyuges, pues puede haber acreedores que debiendo satisfacerse sobre esa masa, no sean acreedores del concursado y, por ende, no puedan participar en el procedimiento. A pesar de lo dicho, este dato pasó desapercibido a algunos autores que, siguieron defendiendo después de la reforma que la masa ganancial quedaba integrada en la masa activa del concurso de cualquiera de los cónyuges⁸².

Lamentablemente, estas consideraciones no fueron tomadas en cuenta durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley concursal. Es más, las críticas que suscitaba la solución por el tratamiento dispensado al cónyuge *in bonis* aumentaron, al quedar el

y 1386 CC). Sólo los bienes gananciales responden de esas deudas (arts. 1408, núm. 1 CC) y se consideran, por tanto, incluidos en la masa de la quiebra»; *ibid.*, p. 478. Nótese que, a pesar de la fecha de la edición manejada, esta referencia se hace tomando como base el régimen ganancial anterior a la reforma de 1981 y según el cual el marido tenía el poder exclusivo de administrar los bienes gananciales. Esto equivalía a decir que de todas sus deudas respondía tanto su patrimonio privativo como la masa ganancial.

⁸¹ Respecto de la naturaleza y posición en el concurso de los bienes dotales y parafernales, v. GONZÁLEZ HUEBRA, *Tratado*, pp. 98-99; GAY DE MONTELLÁ, R., *Tratado de la legislación comercial de España a base del Código de Comercio*, t. VI, Barcelona, 1930, pp. 319-322. Recientemente, ARIAS VARONA, *Derecho de separación*, pp. 216-224. Una curiosa sentencia relativa a la posición de los bienes parafernales de la esposa en la quiebra del marido, a la sazón, socio de una sociedad colectiva, es la STS 10 de abril de 1901, comentada por DÍEZ-PICAZO, L., «Bienes parafernales: quiebra del marido y responsabilidad de los frutos y rentas de los parafernales: De Diego Bohling c. Arbós y otros; col. leg. núm. 93, p. 495», en *Estudios de jurisprudencia civil*, v. III, 3.^a edición, Madrid, 1981, pp. 116 ss., p. 118, donde se pone de manifiesto que ni los parafernales, ni los frutos del mismo han de responder del pasivo del esposo.

⁸² Por ejemplo, RAMÍREZ, J. A., *La quiebra*, t. II, 2.^a edición, Barcelona, 1998, p. 1429, recogiendo una opinión del profesor Garrigues que se refería al régimen ganancial anterior a la reforma de 1981.

patrimonio ganancial, en buena medida, al margen del concurso (v. art. 76 PLC).

En efecto, en el Proyecto de Ley concursal, el patrimonio ganancial quedaba afectado por el concurso de uno de los cónyuges de la siguiente forma: por la sola declaración de concurso, la sociedad de gananciales quedaba disuelta (art. 76.2 PLC); se abría entonces la liquidación del patrimonio ganancial que se producía en pieza separada y acumulada al procedimiento conforme a las reglas propias de la liquidación de los gananciales (arts. 1397 a 1410 y 1082 a 1087 CC, así como arts. 806 a 811 LEC). En dicha liquidación se procedía a la satisfacción de los créditos que hubieran de realizarse con cargo a dicho patrimonio –en concreto, de las obligaciones gananciales–, y si quedaba algún remanente se procedía al reparto entre los cónyuges. Como no podía ser de otra forma, la parte correspondiente al cónyuge concursado quedaba integrada en la masa activa del concurso *ex artículo 76.2 PLC*.

Admitir que el patrimonio ganancial pudiera liquidarse al margen del procedimiento era tanto como reconocer que una parte del patrimonio del deudor –esto es, la que viene dada por su cuota en los gananciales que, además, *suele ser la más sustanciosa*–, pudiera sustraerse al concurso. En definitiva, esto supondría aceptar que determinados individuos podrían ver satisfechas sus pretensiones con cargo a dicho patrimonio fuera del procedimiento. Dejando al margen el derecho del cónyuge *in bonis* (v. *supra* III.3 y 4), esto resultaría particularmente grave en el caso de los acreedores del concursado que fueran titulares de obligaciones gananciales, pues podrían cobrarse sobre ese patrimonio sin someterse a la disciplina del concurso. Esta situación contrastaría con el tratamiento reservado a los acreedores privativos de ese cónyuge, que sólo podrían realizar sus créditos dentro del concurso sobre la parte de los gananciales que resultara de la liquidación (v. art. 76.2 PLC). Y ello a pesar de que el patrimonio ganancial habría de responder provisionalmente de las deudas privativas de los cónyuges cuando sus patrimonios privativos fueran insuficientes, como sucedería en el caso de haber sido declarado en concurso (art. 1373 I CC)⁸³.

Para salir al paso de las críticas vertidas contra esta solución, se optó por modificar el precepto durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley⁸⁴. Dicha modificación pasaba, por una parte, por incluir el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso

⁸³ ÁLVAREZ OLALLA, *Comentario artículo 77 LC*, I, pp. 931-932.

⁸⁴ Respecto de la redacción definitiva del precepto, v. MERCADAL, F., «Comentario al artículo 77 LC», *Nueva Ley concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, 2.^a edición, Barcelona, 2004, pp. 399 ss., p. 401.

siempre que hubieran de responder de las obligaciones del concursado⁸⁵; y por otra, por convertir la disolución automática de la sociedad de gananciales en una disolución facultativa, más acorde con lo dispuesto en el régimen extraconcursal (v. arts. 1373 CC y 541.3 LEC)⁸⁶. La integración en la masa activa del concurso operaría, entonces, como un detonante para que el cónyuge *in bonis* pudiera separar el valor que le correspondería en el patrimonio conyugal (v *supra* III.2).

En su redacción definitiva, el artículo 77 LC integra en todo caso el patrimonio ganancial en la masa activa del concurso. Con esta solución, todos los titulares de una pretensión frente al cónyuge concursado –sean obligaciones gananciales, o sean deudas privativas– deberán pasar por el concurso para obtener satisfacción. Que los bienes gananciales queden sometidos al concurso no significa que, sin embargo, pueda ignorarse la realidad que define la posición jurídica de cada grupo de acreedores, esto es, *que existe una separación entre el patrimonio ganancial y los patrimonios privativos que limita las posibilidades de agresión de los acreedores privativos del cónyuge insolvente sobre el patrimonio ganancial*⁸⁷. Como vamos a ver inmediatamente, esta realidad subsiste tanto cuando el cónyuge *in bonis* solicita la disolución de la sociedad de gananciales [v. *infra a*)], como cuando guarda silencio [v. *infra b*)].

⁸⁵ Véase la enmienda núm. 621 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria, que fue la que finalmente resultó acogida en la redacción definitiva del artículo 77.2 LC. El cambio de redacción se justificó con una escueta referencia a «una mejor coordinación con lo que resulta del régimen general establecido en los artículos 1362 y siguientes del Código civil, en especial del 1373 y del 541.3 (*sic*) aplicables en caso de ejecuciones singulares». Como ya hemos visto, esta justificación resulta muy adecuada para la otra modificación introducida, a saber, la supresión de la disolución automática por la sola declaración de concurso. Esta enmienda está publicada en el «BOCG» de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, y puede consultarse en <http://www.congreso.es>. Se hace eco de los avatares que sufrió la norma durante su tramitación parlamentaria. VÁZQUEZ ALBERT, D., «Comentario al artículo 77 LC», en SAGRERA, J. M./SALA REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, Barcelona, 2004, pp. 979 ss., p. 982.

⁸⁶ En este punto, es recomendable la lectura de la enmienda núm. 301, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista. En ella se proponía suprimir la disolución automática de los gananciales a resultas del concurso para evitar inconsistencias normativas, ya no sólo con el régimen del Código civil, sino también con la propia Ley Concursal, que en algunos preceptos partía de la subsistencia de la sociedad de gananciales durante el concurso (v. art. 40.6 LC, al delimitar el alcance de la intervención y de la suspensión, y proyectarla sobre las facultades de disposición y administración del concursado sobre la sociedad de gananciales). Esta enmienda está publicada en el «BOCG» de 2 de diciembre de 2002, núm. 101-15, que puede consultarse en <http://www.congreso.es>. Se manifestó en idéntico sentido, BELTRÁN, *Estudios sobre ALC 2001*, pp. 160-161.

⁸⁷ Sin embargo, a juicio de ARANGUREN URRIZA, *Homenaje Delgado de Miguel*, pp. 362-363, estos datos deberían llevarnos a concluir que la Ley Concursal no consideraría que el patrimonio ganancial fuera un patrimonio separado, sino más bien una calificación que impondría un determinado régimen de administración y de disposición.

a) *Cuando el cónyuge in bonis solicita la disolución de la sociedad de gananciales*, la integración del patrimonio ganancial en la masa activa del concurso no elimina, en lo esencial, su ajenidad respecto de la insolvencia del patrimonio privativo del cónyuge deudor. Pero, además, tampoco afecta a la preferencia de las obligaciones gananciales sobre las privativas, ni al derecho del cónyuge *in bonis* a recibir su cuota de liquidación.

En efecto, lo primero que debemos dejar claro es que, como patrimonio ajeno a la insolvencia del cónyuge deudor, *la liquidación del patrimonio ganancial se lleva a cabo en una pieza separada y sometida a sus propias reglas* (arts. 77.2 y 21.1.7.º LC)⁸⁸. Y a la misma solución habrá que llegar por analogía en el caso de que la disolución sea instada por el cónyuge *in bonis* al amparo del artículo 1393 CC (v. *supra* III.2). Con la nueva redacción dada al artículo 77.2 LC, el patrimonio ganancial pasa de estar fuera del concurso y liquidarse de forma acumulada al procedimiento (art. 76.2 PLC), a estar dentro del procedimiento para liquidarse en una pieza separada del mismo. La posibilidad de realizar el patrimonio ganancial en una pieza separada del concurso y conforme a sus propias reglas no constituye ningún elemento extraño a la Ley Concursal. Una solución similar se contempla para otros casos en los que el legislador ha optado por excluir del régimen concursal la realización de determinados bienes. Esto es, por ejemplo, lo que sucede en el caso de determinadas garantías reales constituidas sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor: una vez que se levanta la suspensión de las ejecuciones, se permite realizar el bien en pieza separada conforme a las reglas que le son propias (v. arts. 56 y 57 LC). Entonces, no ha de sorprendernos que esta solución también haya sido utilizada por el legislador para dar cauce a la liquidación del patrimonio ganancial que, en buena medida, es ajena a la insolvencia del patrimonio privativo.

En contra de esta lectura de la norma no puede objetarse que, tras las modificaciones introducidas durante la tramitación parlamentaria, no quedaría ninguna referencia en la ley a las reglas conforme a las cuales habría de llevarse a cabo dicha liquidación⁸⁹.

⁸⁸ Entre otros, v. ROCA, E., «El concurso del deudor persona física», *RJC*, 2004, núm. 4, pp. 1077 ss., p. 1092; BONET NAVARRO, A., «Comentario al artículo 21 LC», en BERCOVITZ, R. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115 de la Ley 22/2003), Madrid, 2004, pp. 212 ss., p. 215; GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «Comentario al artículo 77 LC», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la Legislación concursal*, t. II, Valladolid, 2004, pp. 1547 ss., pp. 1566-1567.

⁸⁹ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios legislación concursal*, II, pp. 1556 y 1574-1575, critica la supresión de la referencia a los artículos 1373 CC y 541.3 LEC y su sustitución por otra referencia más confusa, que, a su juicio, carece de contenido.

Una vez que ésta se lleva a cabo a través de un cauce procesal diferenciado del procedimiento principal, como es la pieza separada, dicho sigilo ha de considerarse un silencio elocuente del legislador. Así, a falta de previsión expresa, habrá que entender aplicables las reglas generales de liquidación del patrimonio ganancial (arts. 1397 a 1410 y 1082 a 1087 CC, así como arts. 806 a 811 LEC)⁹⁰. La solución expuesta es, además, coherente con la lógica inherente al derecho concursal, que debe limitarse a establecer aquellas previsiones *necesarias para resolver los problemas de acción colectiva que plantea la satisfacción de un conjunto de acreedores sobre un patrimonio insolvente*. Pues bien, puesto que el patrimonio que se liquida es un patrimonio solvente, ajeno a este tipo de problemas, no resulta necesario establecer reglas particulares que ordenen la liquidación. *El silencio del legislador constituye, entonces, una remisión sigilosa a ese régimen legal*⁹¹.

En contraste con lo que acabamos de ver, la disposición final 2.^a, regla 5.^a LC da una nueva redacción al precepto que establece las consecuencias jurídicas de declarar en concurso a un socio colectivo, esto es, la disolución de la sociedad salvo que los demás socios acuerden otra cosa (art. 222.3 CCO). Sorprendentemente, allí se ordena que *la liquidación del patrimonio social se lleve a cabo, fuera del concurso, pero conforme a las normas previstas en el capítulo II, del título V de la Ley Concursal*. A nuestro juicio, siendo la sociedad colectiva una sociedad solvente, no hay ninguna razón para someter su patrimonio a las reglas de liquidación concursal⁹². Lo más razonable será, como acabamos de indicar, que esta liquidación se lleve a cabo conforme al régimen extraconcursal contemplado en el Código de Comercio (arts. 226 a 237 CCO). Además, mantener otra cosa generaría una contradicción de valoración insoportable, pues mientras que la sociedad colectiva tendría que liquidarse conforme a las reglas del concurso, la sociedad civil –para la que no se incluye una previsión de este tipo–, podría liquidarse siguiendo su régimen extraconcursal. Para salvar esta situación, entendemos que ambas sociedades deberán liquidarse siguiendo el régimen extraconcursal. Eso exige *reducir teleológicamente la disposición adicional segunda LC a fin de limitar los efectos del concurso sobre la liquidación de la sociedad colectiva a aquellos que son razonables, esto es, a los destinados a garantizar que se transfiere el valor de la cuota de liquidación a la masa activa del*

⁹⁰ CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, p. 268.

⁹¹ Esta comprensión del derecho concursal como un derecho formal se encuentra cada vez más extendida. Procede del trabajo de JACKSON, T. H., *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, 1986, pp. 16-26. Entre nosotros, nos permitimos remitir a BERMEJO, N., *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, *passim*.

⁹² Así, GADEA SOLER, *Comentarios disp. final 2.^a*, II, p. 1811; sin embargo, luego considera que la solución está justificada por el carácter universal del concurso.

*concurso del socio*⁹³. Para ello, bastará con que se proceda a liquidar ordenadamente la sociedad colectiva, sin que sea preciso que se lleve a cabo una liquidación judicial, o que se sustituyan los administradores de la sociedad por los administradores concursales; asimismo no se aplicará la prelación concursal al pago de los acreedores de la sociedad. Eso sí, entrará en juego la preferencia de los acreedores de los socios colectivos sobre los acreedores privativos del socio concursado *ex artículo 174 CCO*, que, como sabemos, es una consecuencia necesaria de la separación existente entre ambas masas patrimoniales (v. *supra* II).

Aclarado este punto, debemos señalar que el legislador ha sido plenamente consciente de que esta liquidación en pieza separada del patrimonio ganancial puede generar *problemas de coordinación* con la explotación del patrimonio privativo del cónyuge insolvente. En particular, lo que ha detectado es que la liquidación del patrimonio ganancial puede interferir en la explotación eficiente de este conjunto de bienes afecto al pago de los acreedores concursales. Por eso ha exigido que esta liquidación se lleve a cabo *de modo coordinado, bien con aquello que se pacte en el convenio respecto de la explotación del patrimonio concursal, o bien con lo que, eventualmente, se establezca para la propia liquidación concursal*. Este mandato de coordinación sólo exige que se traten de compatibilizar las decisiones de explotación de los distintos patrimonios, *i. e.*, las que se toman en el marco de la liquidación de la sociedad de gananciales y las que se toman respecto de la explotación del patrimonio privativo del insolvente. En modo alguno supone la aplicación del régimen concursal a la liquidación de la sociedad de gananciales, ni el desconocimiento de los derechos correspondientes a los acreedores gananciales y al cónyuge *in bonis*.

A modo de ilustración, veamos un *ejemplo*. Piénsese en un empresario individual, franquiciatario de una cadena de comida rápida, que tiene cinco establecimientos. Sólo el primer establecimiento tiene carácter privativo, pues lo adquirió antes de contraer matrimonio. El resto de los establecimientos son gananciales, ya que fueron comprados con los beneficios obtenidos en la explotación del primer establecimiento (v arts. 1347.3 y 1350 CC). Es evidente que en la liquidación del patrimonio ganancial quedarán incluidos los cuatro establecimientos, como lo es también que la liquidación de estos activos sin tomar en consideración lo pactado en el convenio o en la liquidación (p. ej., un acuerdo de venta de la red de establecimientos con base en lo dispuesto en el art. 148 LC),

⁹³ Compartimos, así, las acertadas críticas expresada tanto por VELASCO SAN PEDRO, *Comentario disp. final 2.ª LC*, IV, p. 3657-3658, como por BELTRÁN/MARTÍNEZ FLÓREZ, *Comentario disp. fin. 2.ª LC*, II, pp. 3112-3113, que también proponen la reducción teleológica del precepto.

podría frustrar la explotación eficiente del patrimonio concursal (p. ej., la decisión de vender los cinco establecimientos, estratégicamente situados en la ciudad, a un competidor que aún no tuviera implantación en ella). El sentido de la norma se advierte aquí con toda claridad: la liquidación del patrimonio ganancial no debe frustrar la solución perseguida a través del concurso. Por lo tanto, la venta de los cuatro establecimientos gananciales deberá realizarse de forma coordinada con lo acordado en el convenio o en la propuesta de liquidación del patrimonio concursal (p. ej., adjudicando en la liquidación todos los establecimientos al concursado, bien en concepto de pago de su cuota, o bien si excedieran de ésta, a cambio de la correspondiente compensación económica; v. art. 1406.2 y 3, así como art. 1407 CC)⁹⁴.

En segundo lugar, puesto que mantienen su vigencia en el concurso las normas que reflejan la separación existente entre el patrimonio ganancial y el privativo, *se ha de respetar en dicho procedimiento el mejor derecho de cobro sobre el patrimonio ganancial que se reconoce a las obligaciones gananciales*. La integración de este patrimonio en la masa activa del concurso no les priva de su derecho a satisfacerse sin tener que concurrir con los acreedores privativos del insolvente. Tal y como disponía el artículo 76.2 PLC siguiendo lo previsto en los artículos 1034, 1401 y 1402 CC, los acreedores privativos del concursado quedan desplazados y no tienen más derecho sobre el patrimonio ganancial que el derecho a satisfacerse sobre la cuota de liquidación del cónyuge concursado. Así las cosas, las obligaciones gananciales se satisfarán en primer lugar, siguiendo el orden de prelación de créditos establecido en el Código civil que, en caso de liquidación de la sociedad de gananciales, incorpora la preferencia de los créditos por alimentos (art. 1399 CC)⁹⁵. Una vez satisfechos estos créditos, se procederá a abonar la cuota de liquidación correspondiente al cónyuge *in bonis*.

⁹⁴ Se intuye en AA.VV., *La reforma concursal. Dossier práctico Francis Lefebvre*, Madrid, 2003, p. 64, aunque se propone la suspensión de las consecuencias de la disolución hasta que no haya convenio o liquidación.

⁹⁵ ÁLVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, pp. 503-504, considera que la liquidación del régimen ganancial debe respetar el (mejor) derecho de cobro de los acreedores consorciales, pero entiende que entre ellos se ordenan siguiendo el orden de prelación contemplado en el artículo 90 LC. A una conclusión similar llega CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 254 y 268-269. Sin embargo, BLANQUER, *CDC* 43 (2005), pp. 126-127, entiende que el pago se hará conforme a lo previsto en el convenio o en el plan de liquidación, conforme a la regla de la *par conditio* y sin que se pueda invocar el mejor derecho de cobro de los acreedores gananciales. MAGARIÑOS BLANCO, *Homenaje Olivenzia*, II, pp. 2085-2086, parece limitar la aplicación del orden de prelación extraconcursal a las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*, que se satisfarían fuera del concurso.

Respecto del orden extraconcursal de prelación de créditos, es forzoso recordar que sigue pendiente de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley sobre Concurrencia y Prelación de Créditos en caso de ejecuciones singulares. Entre tanto, siguen vigentes los artículos 1921 a 1924 CC (con excepción de las letras A y G), así como ciertas reglas ubi-

Por fin, en tercer lugar, puesto que sigue vigente en el concurso la separación entre el patrimonio ganancial y el privativo, *no se puede pretender expropiar al cónyuge in bonis su derecho a la cuota de liquidación una vez que solicita la disolución de la organización*⁹⁶. Y es que, en realidad, éste no es un acreedor, sino el «dueño» de ese valor, que está legitimado para ponerlo a salvo de la agresión de los acreedores privativos del cónyuge aun cuando la liquidación de la organización se produzca al hilo de un procedimiento concursal (v. *supra* III.3 y 4). Siendo esto así, no podrá considerarse que el ejercicio de su derecho a obtener la cuota de liquidación que le corresponde perjudica injustificadamente a los acreedores concursales⁹⁷.

El caso del cónyuge *in bonis* no debe confundirse con el que se planteó durante la discusión de los textos prelegislativos, relativo a las cantidades retenidas por el concursado a cuenta del Estado (p. ej., a favor de la Hacienda Pública, o de la Tesorería General de la Seguridad Social, etc.). Para poder recuperar esas cantidades se había atribuido a dichos organismos un derecho de separación *ex iure dominii*. La crítica fue inmediata: difícilmente puede asignarse al Estado tal derecho cuando se trata de una cantidad de dinero retenida a su favor en las cuentas del concursado y, por lo tanto, de un derecho de crédito. Entonces, asignar al Estado un derecho de

cadas en normas especiales. Este régimen de prelación será el que se aplique a la liquidación de la sociedad de gananciales con la corrección que introduce el artículo 1399 CC, respecto del crédito por alimentos.

⁹⁶ Sin embargo, SASTRE PAPIOL, S., «Comentario al artículo 84 LC», en SAGRERA TIZÓN, J. M./SALA REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, Barcelona, 2004, pp. 1033 ss., pp. 1040-1041, señala que la atribución de bienes queda supeditada a lo que resulte del convenio o de la liquidación. Asimismo, VÁZQUEZ ALBERT, *Comentario artículo 77 LC*, II, p. 984. En contraste, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario Legislación concursal*, II, pp. 1575-1577, manifiesta dudas acerca de cómo deba llevarse a cabo dicha coordinación y rechaza la tesis de la subordinación al convenio o a la liquidación concursal. Posteriormente, este autor, *id.*, *ADCo*, 5 (2005), pp. 97-98, insiste en que las deudas privativas del concursado sólo puedan ser satisfechas con cargo a la cuota que en la liquidación le corresponda.

⁹⁷ Considera también que el derecho del cónyuge *in bonis* a la cuota de liquidación se realiza por delante de los acreedores privativos del cónyuge concursado, ÁLVAREZ OLALLA, *Comentario artículo 77 LC*, I, pp. 934-935, y *id.*, *El patrimonio familiar*, I, p. 504, al que atribuye un derecho de separación *ex iure dominii*. Asimismo, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, p. 269. En términos similares, entiende que de tratarse de bienes, el cónyuge gozará de un derecho de separación, pero de tratarse de valor, gozará de un crédito contra la masa BLANQUER, *CDC* 43 (2005), p. 131. Aunque se trata de ideas bastante bien orientadas, no terminamos de compartirlas. Desde el punto de vista concursal, el cónyuge *in bonis* titular de la cuota de liquidación no participa en el concurso, pues carece de pretensión frente al patrimonio insolvente. En rigor, participa en la liquidación de la sociedad de gananciales que se tramita al hilo del concurso y en la que se contempla la entrega de las cuotas correspondientes a los cónyuges una vez satisfechas las obligaciones gananciales en el marco de un procedimiento separado del concurso. Pues bien, al quedar la liquidación de los gananciales al margen del concurso –recordemos, se tramita en una pieza separada–, no será necesario reconocer al cónyuge *in bonis* ni un derecho de separación, ni la condición de crédito prededucible para que pueda obtener su cuota de liquidación.

separación *qua* dueño supondría atribuirle una preferencia en el cobro frente al resto de los acreedores que no se justificaría de ninguna forma. Pues bien, siguiendo esta misma línea argumental, podría afirmarse que el cónyuge *in bonis* tampoco estaría legitimado para «separar» ningún valor del concurso y que sólo dispondría de un derecho de crédito frente al concursado realizable dentro de éste junto al resto de sus acreedores privativos. Sin embargo, la clave para diferenciar uno y otro caso se encuentra, de nuevo, en *la separación existente entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de los cónyuges*. En el caso de las retenciones practicadas por el concursado, se confunden los fondos del concursado depositados en sus cuentas y las cantidades retenidas a favor del Estado en esas mismas cuentas. Por ello, no se puede reconocer al Estado más que un derecho de crédito en el concurso del deudor. Por el contrario, *el derecho del cónyuge in bonis a su cuota de liquidación se proyecta sobre una masa patrimonial que se mantiene diferenciada del patrimonio insolvente, hasta el punto de que se liquida de forma separada respecto del concurso*. De ahí que el cónyuge *in bonis* pueda extraer de dicha masa patrimonial el valor que le corresponda en concepto de cuota de liquidación.

b) Cuando el cónyuge in bonis no solicita la disolución del patrimonio ganancial, su integración en la masa activa del concurso tampoco borra la separación existente entre ambos patrimonios. Ciertamente, las obligaciones gananciales y las obligaciones privativas del cónyuge insolvente habrán de concurrir sobre el patrimonio ganancial para satisfacerse y habrán de hacerlo en los términos establecidos en dicha ley. Ahora bien, *esta concurrencia sobre el patrimonio ganancial se produce incorporando una regla esencial en la definición de la relación entre ambos tipos de acreedores, a saber, que, sobre el patrimonio ganancial, las deudas de cargo de la sociedad de gananciales se realizan por delante de las deudas privativas de cónyuge concursado* (v. art. 1034 CC, en relación con el art. 1410 CC). Como ya sabemos, ésta es una consecuencia necesaria de la separación existente entre ambos patrimonios que ni la declaración de concurso, ni la integración del patrimonio ganancial en la masa activa del procedimiento pueden eliminar (v. *supra* II.3). Las reglas concursales de prelación de créditos, contempladas en los artículos 89 a 93 LC, habrán de actuar luego dentro de cada una de estas categorías de créditos⁹⁸.

Acabamos de comprobar que *la separación existente entre las distintas masas patrimoniales no se ve afectada por la integración*

⁹⁸ Sin embargo, BLANQUER, *CDC*, 43 (2005), p. 109, considera que las posiciones de unos y otros acreedores quedarían asimiladas al quedar sujetos a responsabilidad de los bienes gananciales. Reitera esta idea cuando afirma, *ibid.*, p. 127, que no cabe reconocer la preferencia de los acreedores gananciales sobre los privativos del insolvente por no estar expresamente reconocida en la ley (art. 89.2 LC).

*en el patrimonio ganancial de la masa activa del concurso*⁹⁹. A pesar de las críticas, esta solución es razonable pues supone tomar en consideración la existencia de una organización que define los derechos de los acreedores sobre los distintos patrimonios. Y, como decíamos en el caso del cónyuge *in bonis*, se reconoce a cada acreedor sus derechos tal y como se encontraban definidos antes de la declaración de concurso, en principio, no se puede considerar que se esté perjudicando a los acreedores afectados por la insolvencia del cónyuge deudor.

3. El caso particular de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio

La inclusión del patrimonio ganancial en la masa activa de concurso cuando haya de responder del pago de los créditos concursales ha llevado a algunos autores *a entender derogadas las reglas contenidas en los artículos 6 a 12 CCO*. El argumento vendría a ser el siguiente: si el patrimonio ganancial ha de quedar incluido en la masa activa del concurso siempre que deba responder de las obligaciones del concursado, no se podría invocar ninguna limitación de responsabilidad, pues impediría que quedara integrada en la masa activa del concurso aquella parte del patrimonio liberada de dicha responsabilidad. Esto es tanto como decir que primaría una norma de «orden público», como sería la integración en la masa activa del procedimiento, sobre la posibilidad de limitar por vía de pacto la responsabilidad de los gananciales en caso de ejercicio de una actividad comercial. Por ello, se afirma que estos preceptos han quedado derogados por la Ley Concursal¹⁰⁰.

⁹⁹ Sin embargo, CABANAS, *El patrimonio familiar*, I, pp. 468-469, considera que la Ley Concursal no da pie para quebrar la unidad de la masa activa y formar preferencias de ciertos acreedores sobre ciertas masas. Para Cabanas la solución estaría en repartir los bienes por mitad, formar una masa activa única y contra esa masa reconocer cualquier crédito contraído por el insolvente, con independencia de que sea consorcial o no. No obstante, para hacer eso hay que disolver y liquidar los gananciales, pagar los créditos de cargo de la sociedad de gananciales y, finalmente, asignar a cada cónyuge su parte. De este modo, como ya hemos visto, se está haciendo efectiva la preferencia de los créditos de la organización frente a los créditos privativos de los miembros.

¹⁰⁰ Llega a esta conclusión respecto del Proyecto de Ley, YÁÑEZ RIVERO, *Aranzadi civil*, 20 (2002), p. 5. También lo hace BELTRÁN, *Estudios ALC 2001*, p. 162, pero a la vista de la unificación procedural que impone la Ley Concursal. Ya con relación al texto definitivo de la ley, entiende que sólo han de incluirse en el concurso los bienes que respondan de los créditos concursales SASTRE PAPIO, *Comentario artículo 77 LC*, p. 419, quien, además, considera que de no mediar capitulaciones en contra, no sólo habrán de incluirse en la masa activa del concurso las resultas, sino cualquier otro bien ganancial. GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario legislación concursal*, II, p. 1562, sostiene que cuando haya revocación expresa del consentimiento del cónyuge no comerciante, los bienes a incluir en la masa del concurso son los obtenidos con las resultas de dicho comercio. En la

Sin embargo, *estos preceptos no sólo no han sido derogados, sino que mantienen su eficacia dentro y fuera del concurso*. La razón no se escapa: *la integración del patrimonio ganancial en el concurso no queda afectada por las limitaciones de responsabilidad que puedan pactar los cónyuges*. En efecto, cuando en el artículo 77.2 LC se ordena la integración del patrimonio ganancial dentro del concurso si responde de las obligaciones del concursado, se están tomando como referencia los límites máximos de su responsabilidad patrimonial. Sin embargo, no siempre los acreedores se benefician de esta extensión máxima. Claramente, no podrán beneficiarse de ella cuando, por vía de pacto, los cónyuges acuerden limitar la responsabilidad de los bienes gananciales respecto de un determinado tipo de endeudamiento (p. ej., el contraído en el ejercicio del comercio). Ahora bien, esta limitación es irrelevante para determinar qué bienes se integran en el patrimonio concursal. *Declarado el concurso de uno de los cónyuges, el patrimonio ganancial sobre el que opere tal limitación habrá de quedar igualmente incluido en la masa activa del procedimiento, pues por lo general seguirá habiendo acreedores frente a los que deba responder* (i. e., las obligaciones gananciales «no comerciales» que haya contraído el cónyuge concursado, así como las privativas que no vayan a poder ser cubiertas con cargo a los bienes propios del mismo *ex art. 1373 CC*). Ahora bien, dada tal limitación, *no todos los acreedores podrán cobrarse sobre la totalidad de los bienes sometidos al concurso; en concreto, los acreedores afectados por la limitación de responsabilidad no podrán agredir los bienes que ésta pone a salvo*¹⁰¹.

Para ver estas cuestiones con más claridad, vamos a invertir algo de tiempo en recordar en qué términos pueden los cónyuges limitar la responsabilidad del patrimonio ganancial. Como es sabido, los artículos 6 a 12 CCO permiten *modular el grado de responsabilidad que se desea asumir por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio por el cónyuge comerciante*. El grado mínimo de responsabilidad admitido por el ordenamiento es aquel en el que sólo responden de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio los bienes privativos del cónyuge comerciante y una porción de

misma línea, ORDUÑA/PLAZA, *Comentario artículo 77 LC*, I, p. 1410, o CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 177-179, vinculan la integración del patrimonio ganancial en la masa activa a las limitaciones de responsabilidad que se puedan establecer sobre el mismo.

¹⁰¹ En términos similares, ÁLVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, p. 500: los acreedores por deudas derivadas del ejercicio del comercio se cobran sobre las resultas de los gananciales y con excepción de esas resultas, se les trata como acreedores privativos en la liquidación. En contra, v. ARNAU RAVENTÓS, *Concurso de persona casada*, pp. 41-42.

los bienes gananciales. Éstos son adquiridos como consecuencia del ejercicio de la actividad comercial, es decir, las controvertidas «resultas»¹⁰². De este modo, se deja a salvo al resto de los bienes gananciales de la responsabilidad derivada del ejercicio del comercio. La lógica de permitir esta limitación de responsabilidad es evidente: evitar que el endeudamiento contraído a resultas del ejercicio del comercio, que es de cargo de la sociedad de gananciales, puedan agotar el patrimonio familiar¹⁰³. Sin embargo, para que opere dicha limitación es preciso que ambos cónyuges lo pacten en las correspondientes capitulaciones matrimoniales (art. 12 CCO), o bien que el cónyuge no comerciante se oponga expresamente a que las deudas contraídas en el ejercicio del comercio vinculen al resto de los gananciales (arts. 7 y 8 CCO). En este último caso, *se prima el interés del cónyuge no comerciante en limitar el riesgo al que queda expuesta la organización, frente al interés del comerciante en tener mayores activos que ofrecer en garantía del pago de sus deudas*. Sea como fuere, la consecuencia jurídica de cualquiera de estas actuaciones es que el patrimonio ganancial queda, en buena medida, liberado del gravamen que representa el endeudamiento derivado del ejercicio del comercio, pues sólo habrán de responder de éste las conocidas «resultas».

Se entiende, así, la remisión que hace el artículo 1365 CC al Código de Comercio, cuando dispone que los bienes gananciales responden directamente de las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad comercial según el régimen del Código de Comercio, esto es, conforme a lo que hayan pactado las partes en capitulaciones o en función de que se haya producido la oposición del cónyuge *in bonis*. Cuestión distinta es que, hoy por hoy, siga siendo útil esta forma de limitar la responsabilidad de esta forma (cuando existen mecanismos alternativos más precisos dentro del propio derecho de las organizaciones), o que esté justificado limitar esta posibilidad sólo a los comerciantes, dejando al margen a otros casos en los que la organización también puede verse expuesta a

¹⁰² Así, entre otros, v. LACRUZ/SANCHO, *Derecho de familia*, p. 427; Rojo, A., «El empresario (II). Empresario individual y empresario persona jurídica», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2.^a edición, Madrid, 2006, pp. 93 ss., pp. 102-103; J. M. DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*, 4.^a edición, Madrid, 2005, p. 218. El alcance de los bienes adquiridos por «resultas» del comercio no es pacífico. DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*⁴, pp. 218-219, nos proporciona una exposición actualizada de las tesis en conflicto. Se decanta por identificar las «resultas» con los bienes adquiridos en el ejercicio del comercio PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario artículo 1365 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 687 ss., p. 695. Esta línea es la que sigue DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*⁴, pp. 219-221.

¹⁰³ Desde luego, esta limitación no puede ser absoluta. Como bien señala DE EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*⁴, p. 220, «quien pretenda proteger hasta el extremo los bienes gananciales, no debe dedicarse al comercio. O en otro caso, tendrá que optar por el régimen de separación de bienes».

una elevada responsabilidad (p. ej., determinados profesionales liberales)¹⁰⁴.

A falta de dicha oposición, jugarán las reglas que presumen el consentimiento favorable de los cónyuges y que hacen responder a dichos bienes por las deudas derivadas de la actividad comercial (arts. 7 y 8 CCO). Entra, entonces, en juego una *responsabilidad de grado medio*, equiparable a la responsabilidad por cualquier otra obligación ganancial (art. 1365 CC *in fine*)¹⁰⁵. Éste es el *estándar típico u ordinario de responsabilidad*, pues es el que va a operar por defecto: en caso de silencio de los cónyuges, los acreedores comerciales pueden considerar todo el patrimonio ganancial afecto al pago de sus créditos.

Algunos autores consideran que la mención del artículo 6 CCO al consentimiento de ambos cónyuges para que queden obligados todos los bienes gananciales ha de entenderse referida al consentimiento del cónyuge no comerciante. Y es que –se afirma–, de sostener lo contrario, se estaría atentando contra el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC). Así, se permitiría al cónyuge comerciante oponerse a que los créditos contraídos en el ejercicio del comercio se satisficieran con cargo al patrimonio ganancial y, por ende, con cargo a su parte en el mismo¹⁰⁶. Sin embargo, no podemos compartir esta conclusión. Cuando el comerciante se opone a que respondan los bienes gananciales de las deudas contraídas en el ejercicio del comercio, está, ciertamente, impidiendo que todo este conjunto de bienes responda directamente del pago de sus deudas. Ahora bien, eso no significa que los créditos resultantes del ejercicio de la actividad comercial no puedan realizarse sobre la parte que le corresponda en el patrimonio ganancial. A estos efectos, los acreedores afectados por esta limitación de responsabilidad no son de peor condición que los acreedores privativos del cónyuge comerciante, frente a los que sólo responde el patrimonio privativo de dicho cónyuge. Por lo tanto, sí podrán satisfacerse sobre su cuota en la sociedad de gananciales, previa disolución de ésta (art. 1373 I CC, *in fine*; art. 77.2 LC). Otra cosa es que el consentimiento del cónyuge comerciante para obligar a la totalidad de los gananciales haya que entenderse otorgado cuando no se manifieste expresamente en contra. Y es que, cuando éste ejerce el comercio sin limitar su responsabilidad, está asumiendo que actúa bajo el régimen general de responsabilidad aplicable a este tipo de deudas, es decir, responsabilidad de la

¹⁰⁴ CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, p. 157.

¹⁰⁵ ROJO, *Curso*, I², p. 103; LACRUZ/SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, p. 428.

¹⁰⁶ Por ejemplo, v. LACRUZ/SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, p. 427; GARCÍA VILLAVERDE, R., «El ejercicio del comercio por persona casada», *RDM*, 1982, núm. 165-166, pp. 497 ss., pp. 510-511; y DE EIZAGIRRE, *Derecho mercantil*⁴, p. 222. Desde otros argumentos, v. GARRIGUES, J., *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 7.^a edición (revisada con la colaboración de A. Bercovitz), Madrid, 1976, pp. 281-282.

totalidad del patrimonio ganancial a la que habrá que sumar la de su patrimonio privativo (art. 1369 CC). Para limitar la responsabilidad del patrimonio de la organización, deberá entonces manifestarse su oposición (p. ej., a través de las capitulaciones matrimoniales)¹⁰⁷.

Por fin, *la máxima responsabilidad patrimonial* se alcanza cuando se compromete el patrimonio privativo del cónyuge no comerciante para garantizar las deudas derivadas del ejercicio del comercio. A tal fin, es imprescindible que el cónyuge no comerciante manifieste su consentimiento expreso (art. 9 CCO). Esta posibilidad de ampliar la responsabilidad puede ser de gran utilidad en ciertos supuestos, pues confiere al cónyuge comerciante la oportunidad de programar un refuerzo patrimonial *ad hoc*, esto es, para un tipo acto o de actos concretos (p. ej., para la solicitud de préstamos con los que financiar determinadas actuaciones)¹⁰⁸. Se reducen así los costes de buscar otros sujetos extraños que intervengan para reforzar su posición.

Volviendo al terreno concursal, *la limitación de responsabilidad por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio* jugará dentro del concurso siempre que los cónyuges lo hayan pactado en capitulaciones, o siempre que se haya manifestado la correspondiente oposición antes de la declaración de concurso, y todo ello conste con la debida publicidad. Habiéndose optado por dicha limitación, habrá acreedores que sólo podrán satisfacerse sobre los bienes gananciales que tengan la condición de «resultas» del ejercicio del comercio (p. ej., las deudas procedentes de tal actividad cuando se haya pactado dicha limitación), mientras que habrá otros que podrán satisfacerse sobre todos los bienes gananciales (p.ej., las demás obligaciones gananciales). La administración concursal deberá tomar en consideración los pactos existentes entre los cónyuges para separar los distintos tipos de créditos, así como los bienes que habrán de responder frente a ellos (p. ej., inexistencia de limitación de responsabilidad por las deudas contraídas en el ejercicio del comercio y, por lo tanto, posibilidad de satisfacerse sobre el patrimonio ganancial). Por fin, *puede haber acreedores que, además del patrimonio ganancial, puedan agredir el patrimonio privativo del cónyuge in bonis*. En tal caso, es evidente que ese

¹⁰⁷ En términos parecidos, ILLESCAS, R., «El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 284 ss., p. 293.

¹⁰⁸ Así, LACRUZ/SANCHO REBULLIDA, *Derecho de familia*, p. 429; PEÑA, *Comentario artículo 1365 CC*, II, p. 696; GARCÍA VILLAVERDE, *RDM*, 1982 (165-166), p. 514; DE EIZAGIRRE, *Derecho mercantil* ⁴, p. 223. Sin embargo, GARRIGUES, *Curso*, I ⁷, pp. 281-282, entendía con apoyo en el viejo artículo 21.7 RRM, que «en cada caso», habría de leerse como «en todo caso».

patrimonio no habrá de quedar integrado en la masa activa del concurso, pues se trata de bienes ajenos, y aunque responsables de parte del endeudamiento concursal, extraños a la definición de la masa activa del concurso¹⁰⁹. En estos supuestos, la situación del patrimonio privativo del cónyuge *in bonis* no sería muy distinta a la del patrimonio de un garante solidario. Por ello, los acreedores frente a los que responda estarán legitimados para realizar su pretensión frente a dicho patrimonio, con independencia de que puedan ser comunicados al concurso como créditos concursales.

Estas conclusiones son la prueba definitiva de que *el Código de Comercio no establece un patrimonio separado para el ejercicio de la actividad comercial*¹¹⁰. Si así lo hiciera, los créditos cuyo origen se encontrara en dicha actividad tendrían preferencia en el cobro sobre ese patrimonio separado –v.gr., el integrado por los bienes adquiridos a resultas del ejercicio del comercio–, respecto del resto de los acreedores gananciales. Sin embargo, acabamos de ver que esto no es así. Sobre las resultas del ejercicio del comercio concurren al mismo nivel tanto los créditos contraídos en el ejercicio de éste, como el resto de las obligaciones gananciales. Y sólo cuando los cónyuges no lo consentan, el resto del patrimonio quedará liberado de responder frente a las deudas contraídas en el ejercicio de la actividad comercial. La instauración de esa separación patrimonial sí sería, en cambio, posible si los cónyuges constituyeran una sociedad para la explotación de la empresa familiar¹¹¹.

V. LA MASA PASIVA DEL CÓNYUGE CONCURSADO

1. Deudas privativas *versus* obligaciones gananciales

El pasivo de una persona casada en régimen de gananciales se compone, básicamente, de dos partidas: la primera, las deudas privativas, y la segunda, las obligaciones gananciales. Las *deudas privativas de cada cónyuge* se definen por exclusión: son aquellas frente a las que sólo responden definitivamente los bienes propios de éste. En esta categoría se incluyen, por ejemplo, las deudas pro-

¹⁰⁹ Sin embargo, a juicio de VÁZQUEZ ALBERT, *Comentario artículo 77 LC*, II, p. 983, en tanto que bienes responsables, deberían quedar integrados en la masa activa, aunque reconoce que la literalidad del artículo 77.2 LC dificulta enormemente esta interpretación. A una conclusión similar parece llegar ARANGUREN URRIZA, *Homenaje Delgado de Miguel*, p. 367.

¹¹⁰ No obstante, v. ILLESCAS, *Estudios homenaje Uría*, p. 309, considera que la división instaurada entre los bienes gananciales lleva a la creación de «un verdadero patrimonio separado».

¹¹¹ Así, v. GONDRA, *Libro Homenaje Sánchez Calero*, I, pp. 252-255.

cedentes de anteriores matrimonios, las deudas resultantes de delitos o de faltas, así como las deudas contraídas fuera del ámbito del poder de obligar a la sociedad conyugal. Además, el Código civil atribuye carácter privativo a las deudas derivadas de obligaciones extracontractuales que no sean de cargo de la sociedad de gananciales *ex artículo 1366 CC*, a las deudas de juego (art. 1372 CC) y, en línea de principio, a las deudas hereditarias (art. 995 CC). Estas deudas se satisfacen con cargo al patrimonio privativo del cónyuge deudor; no obstante, la sociedad de gananciales también responderá de modo subsidiario y provisional cuando no puedan ser satisfechas con cargo al patrimonio privativo del deudor (art. 1373 I CC)¹¹².

En contraste, son *obligaciones gananciales aquellas deudas de las que responde directamente el patrimonio ganancial*. Estas obligaciones son típicamente las contraídas por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento expreso del otro (art. 1367 CC). Pero también surgen cuando un solo cónyuge las contrae en el ejercicio de alguna de las siguientes potestades: la potestad conyugal orgánica [v. gr., la potestad doméstica para atender a las necesidades ordinarias de la familia (art. 1319 CC) y la potestad de amparo del otro cónyuge y de los hijos (art. 1386 CC)]; la potestad de gestión de los gananciales que por ley o por capítulos le corresponda (v., por ejemplo, a resultas de la administración de los gananciales que estén a su nombre); o la potestad de gestión de su esfera patrimonial propia (v. art. 1365 I.2 CC, respecto del ejercicio de la profesión, arte, oficio o de la gestión de sus bienes privativos). Asimismo, nace una obligación ganancial cuando uno de los cónyuges incurre en responsabilidad extracontractual en beneficio de la sociedad o en el ámbito de su administración sin que concurra culpa grave o dolo (art. 1366 CC)¹¹³.

Como anticipábamos al comienzo de este trabajo, *ad extra* el patrimonio ganancial y el patrimonio del cónyuge deudor responden al mismo nivel de las deudas gananciales. En algunos casos, esta responsabilidad conjunta del patrimonio ganancial y del patrimonio privativo del cónyuge deudor se ve reforzada por la respon-

¹¹² Por todos, v. PEÑA, *Comentario artículo 1373 CC*, II, pp. 705-706. Es forzoso llamar la atención sobre las dificultades que plantea el tratamiento de las deudas de juego, así como sobre la interpretación correctora que ha llevado a cabo tanto la doctrina como la jurisprudencia respecto de la literalidad de los artículos 1371 y 1372 CC. Para la proyección de estas reglas en el ámbito concursal, v. ÁLVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, p. 498: la masa común se integra en la masa activa del concurso cuando esos bienes deban responder de las obligaciones del concursado, esto es, en la medida en que haya deudas que sean de responsabilidad *ad extra* de tales bienes.

¹¹³ Más extensamente, v. PEÑA, *Comentario artículo 1365 CC*, II, pp. 691-694.

sabilidad subsidiaria del patrimonio privativo del cónyuge no deudor. Esto es lo que sucede en el caso de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 II CC), así como de las contraídas en el ejercicio de la potestad de amparo de los hijos y del otro cónyuge (art. 1386 CC). Ahora bien, esta responsabilidad conjunta *en el plano externo del patrimonio ganancial junto con el patrimonio privativo de los cónyuges se deshace en el plano interno.* Sólo las deudas de responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales están llamadas a ser finalmente soportadas por el patrimonio ganancial y son, por lo tanto, *las cargas patrimoniales de la organización* (v. arts. 1319 II, 1362, 1363 y 1366 CC).

Para restaurar el equilibrio en los distintos patrimonios separados cuando uno de ellas responde de una deuda que debería soportar otro, el ordenamiento jurídico establece un *elaborado sistema de derechos de reintegro* (v. arts. 1319 III, 1364 y 1403 CC). Así, en caso de que con cargo al patrimonio ganancial se atienda al pago de una deuda, ganancial o privativa, que hubiera de haber sido satisfecha con cargo al patrimonio de uno de los cónyuges, se generará un *derecho de reintegro frente a éste* (respecto de determinadas deudas gananciales, v. art. 1362.1.2 CC; respecto de las deudas privativas, v. art. 1373 II CC; v. también en ambos casos art. 1397.3 CC)¹¹⁴. Por el contrario, en aquellos casos en los que el patrimonio privativo de uno de los cónyuges anticipa el pago de deudas que sean de cargo de la sociedad de gananciales, ese derecho de reintegro surgirá en sentido inverso (arts. 1319 III, 1364 y 1398.3 CC)¹¹⁵.

2. Obligaciones gananciales y créditos concursales

La descripción de todas estas obligaciones tiene importancia a fin de poder determinar *cuáles de ellas tienen la consideración de créditos concursales* y, por lo tanto, están legitimadas para ser satisfechas dentro del concurso del cónyuge insolvente. Sin embargo, al abordar esta cuestión lo primero que hay que poner de manifiesto es que la Ley Concursal no ha establecido una definición de lo que ha de entenderse por crédito concursal. A diferencia de lo que sucede en otras normas contemporáneas, el legislador no defi-

¹¹⁴ PEÑA, *Comentario artículo 1373 CC*, II, p. 707; *id.*, *Comentario artículo 1358 CC*, p. 676.

¹¹⁵ PEÑA, M., y BERNALDO DE QUIRÓS, «Comentario artículo 1364 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 686 ss., p. 686.

ne qué son créditos concursales. No obstante, siguiendo a la mejor doctrina, se puede afirmar que lo son *aquellas pretensiones de carácter personal y con contenido patrimonial que hayan nacido antes de la declaración del concurso*¹¹⁶. De esta afirmación se deduce que son tres los elementos que son claves para definir estos créditos, a saber, el elemento personal, el patrimonial y el temporal [v. *infra a)-c)*]. Vamos a detenernos un momento en el examen de cada uno de ellos.

a) El elemento *personal* se refiere al *carácter obligacional* de la pretensión y se contrapone al carácter real de otras pretensiones (p. ej., la restitución de un bien de dominio ajeno). Y es que el titular de una pretensión de carácter real tiene atribuidas otras facultades en el concurso (p.ej., un derecho de separación como dueño *ex art. 80 LC*). Particular es el caso de los acreedores que sean titulares de garantías reales, pues gozan de una doble pretensión: una de carácter puramente obligacional al cobro del crédito contra el patrimonio del deudor; y otra de carácter real a la realización del bien entregado en garantía¹¹⁷. En la Ley Concursal española, esta última pretensión resulta limitada en no pocos casos, mientras que, en otros, resulta directamente excluida (v. arts. 56 y 57 LC).

b) El *elemento patrimonial* se refiere a la *posibilidad de valorar la pretensión económica*, esto es, *en dinero* (art. 88 LC). Por lo tanto, no serán créditos concursales y, en consecuencia, no podrán participar en el procedimiento aquellas pretensiones que no sean susceptibles de dicha valoración. Este es, por ejemplo, el caso de los derechos de la personalidad (p.ej., el derecho al nombre, el derecho a la investigación de la paternidad, etc.), de los derechos potestativos, de las obligaciones personalísimas, o de las obligaciones de no hacer (p. ej., un pacto de no competencia), etc.¹¹⁸.

c) El *elemento temporal* reserva la condición de concursales a *aquellas pretensiones nacidas antes de la declaración de concurso*. No obstante, entra dentro de esta definición cualquier deuda contraída después de esa fecha, *que traiga su causa en una obligación nacida o fundada en fecha anterior*. Éste es el caso de los

¹¹⁶ Por todos, v. BELTRÁN, E., «Comentario al artículo 49 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 989 ss., pp. 991-992. En la literatura alemana, v. UHLENBRUCK, W., en UHLENBRUCK, W. (ed.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a edición, Munich, 2003, § 38 *RdN*. 1, p. 777.

¹¹⁷ Este fenómeno está claro en la doctrina alemana. Así, v. UHLENBUCK, *Insolvenzordnung*, § 38 *RdN*. 4, p. 779.

¹¹⁸ En la literatura alemana, en detalle, v. UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung*, § 38 *RdN*. 19-38, pp. 784-795. Entre nosotros, BERMEJO, N., «Comentario al artículo 88 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1578 ss., pp. 1581, 1587-1589.

créditos que «se devengan» después de la declaración de concurso [p. ej., las deudas por intereses postconcursales *ex art. 59 LC*; las deudas por responsabilidad derivadas del incumplimiento de un contrato –aunque no siempre lo haya entendido así la ley (v. art. 84 LC); o las deudas por responsabilidad extracontractual derivadas de ilícitos ocurridos antes del concurso, pero manifestados una vez abierto éste]. A tales efectos, la existencia de una mera expectativa de derecho es apta para entender que existe un fundamento antes de la declaración de concurso y que, por lo tanto, hay un crédito concursal que puede ser satisfecho dentro del procedimiento¹¹⁹. Caen, claramente, fuera de la definición todas aquellas pretensiones que no estén fundadas antes de la declaración del concurso.

Si trasladamos estos criterios al tema que nos ocupa, es evidente que *además de las obligaciones privativas del cónyuge concursado, tendrán la consideración de concursales las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge concursado. Que sean o no de responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales es irrelevante a estos efectos*. Este dato sólo tiene interés para asignar los correspondientes derechos de reintegro en los términos ya indicados (v. *supra* 1). En contraste, no pueden ser créditos concursales ni las deudas privativas del cónyuge no concursado, ni las deudas contraídas por el cónyuge *in bonis* aun cuando sean a cargo de la sociedad de gananciales¹²⁰. En ambos casos, falta un *prius* lógico para atribuirles esa condición, a saber, que se trate de deudas contraídas por el deudor insolvente y de las que tenga que responder *ex* artículo 1911 CC¹²¹. La excepción viene dada por las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis* que, siendo de cargo de la sociedad de gananciales, se beneficien de la responsabilidad patrimonial subsidiaria del patrimonio del concursado

¹¹⁹ UHLENBRUCK, *Insolvenzordnung*, § 38 RdN. 6-19, pp. 779-784; BERMEJO, *Comentario artículo 88 LC*, I, pp. 1593-1595.

¹²⁰ Sin embargo, GUILARTE GUTIÉRREZ, *ADCo*, 5 (2005), p. 84, considera que sólo deben quedar excluidas de tal mención las obligaciones privativas contraídas por el cónyuge *in bonis*. A pesar de los criticables efectos que produce el artículo 84.1 LC, a nuestro juicio, no hay argumentos en la literalidad de la norma para sostener tal interpretación. Las deudas típicamente a cargo de la sociedad de gananciales son las obligaciones gananciales, frente a las que responde *ad extra* junto con el patrimonio del cónyuge. En el caso de las deudas privativas, el patrimonio ganancial sólo responde subsidiariamente, esto es, cuando en el patrimonio privativo no hay valor suficiente. Por ello, la doctrina ha entendido de forma mayoritaria que el artículo 84.1 LC se refiere principalmente a las primeras, con los efectos que ya conocemos.

¹²¹ Así, por ejemplo, v. MERCADAL, F., «Comentario del artículo 84 LC», en *La nueva Ley Concursal. Ley 22/2003 de 9 de julio*, 2.^a edición, Barcelona, 2004, pp. 420 ss., p. 422; ÁLVAREZ OLALLA, *Comentario artículo 77 LC*, I, pp. 931-932, *id.*, *El patrimonio familiar*, I, pp. 500-501, o VALPUESTA GASTAMINZA, E., «Comentario al artículo 84 LC», en CORDÓN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004, pp. 650 ss., p. 652, y «Comentario al artículo 86 LC», en CORDÓN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004, pp. 676 ss., p. 683.

(v., p. ej., art. 1319 CC)¹²². En estos casos, también el cónyuge concursado responde personalmente de su satisfacción y, en consecuencia, la pretensión tendrá la condición de crédito concursal contingente, esto es, sometido a la condición suspensiva de que no pueda ser satisfecho ni con cargo a los bienes propios del cónyuge *in bonis*, ni con cargo al patrimonio ganancial (art. 87.5 LC)¹²³.

Inicialmente, el Proyecto de Ley proponía una *solución simétrica* para el tratamiento de las obligaciones gananciales en caso de insolvencia de uno de los cónyuges: puesto que el concurso no afectaba al patrimonio ganancial –que no quedaba sometido al concurso (art. 76.2 PLC)–, tampoco afectaría en principio a los créditos que debieran realizarse sobre el mismo. Entonces, las obligaciones gananciales podrían satisfacerse sobre estos bienes al margen del procedimiento (v. art. 83.1, segundo inciso, PLC)¹²⁴.

El problema se planteó cuando al modificar la composición de la masa activa del concurso no se toma en consideración la regla que determinaba la composición de la masa pasiva y que, como ya hemos indicado, partía de la idea de excluir del concurso al patrimonio ganancial. Se introduce, entonces, *una asimetría en la regulación de la responsabilidad del patrimonio ganancial* que dificulta de manera extraordinaria la determinación del tratamiento que haya de darse a las obligaciones gananciales cuando se declara el concurso de uno de los cónyuges¹²⁵.

En efecto, si consideramos que las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis* no son créditos concursales, habría que llegar –siguiendo el razonamiento–, a dos conclusiones: la primera, que estos créditos no podrían ser satisfechos en ningún caso en el concurso del cónyuge deudor, dentro del que, sin embargo, se habrían incluido todos los bienes gananciales; y la segunda,

¹²² En contra, ÁLVAREZ OLALLA, *Comentario artículo 77 LC*, I, pp. 931-932.

¹²³ Llega a la misma conclusión CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 141-142. Ya hemos expuesto el régimen de los créditos contingentes en otro lugar; así, nos permitimos remitir a BERMEJO, *Comentario artículo 87 LC*, I, pp. 1566-1568.

¹²⁴ Cuestión distinta era que estos créditos también pudieran realizarse solidaria o subsidiariamente sobre el patrimonio del cónyuge concursado, en cuyo caso sí que habrían de satisfacerse en el procedimiento abierto como créditos concursales. Sin embargo, censuraba esta opción tal y como se configuraba en el Proyecto de Ley concursal, YÁÑEZ RIVERO, *Aranzadi civil*, 20 (2003), p. 2, pues consideraba que suponía limitar la condición de deudas concursales a las deudas privativas. Nada más lejos de la realidad. Como acabamos de indicar, un cuando el patrimonio ganancial quedaba fuera de la masa activa del concurso, las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge concursado seguían siendo créditos concursales. El Proyecto de Ley concursal está publicado en el «BOCG» de 23 de julio de 2002, núm. 101-1, y puede consultarse en <http://www.congreso.es>.

¹²⁵ Pone de manifiesto la contradicción existente entre las reglas de integración de la masa activa y las reglas de integración de la masa pasiva, VALPUESTA, *Comentario artículo 86 LC*, pp. 683-684, nota núm. 8.

que deberían realizarse con cargo al patrimonio del cónyuge *in bonis*¹²⁶. Sin embargo, su exclusión de la categoría de los créditos concursales en modo alguno puede privarles de sus posibilidades de satisfacerse con cargo al patrimonio ganancial. Como veremos seguidamente, éstas permanecen intactas (v. *infra* 3).

3. La satisfacción de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*

La cuestión que plantea la satisfacción de estos créditos una vez declarado el concurso sobre uno de los cónyuges es, sin duda, una cuestión ardua. Como ha puesto de manifiesto la doctrina, mantener la conclusión que acabamos de ver conduciría a una importante contradicción de valoración: aquellos acreedores que hubieran tenido la fortuna de contratar con el cónyuge concursado podrían participar en el concurso de éste y satisfacer su crédito con cargo al patrimonio ganancial. Por el contrario, aquellos otros acreedores que hubieran tenido la desventura de contratar con el cónyuge *in bonis* no podrían participar en el concurso y, lo que a nuestro juicio es más grave, resultarían preteridos en la liquidación del patrimonio ganancial¹²⁷. En efecto, una solución como ésta impediría que las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*, se satisficieran conforme a lo previsto en el régimen común, a saber, al mismo nivel tanto sobre el patrimonio ganancial como sobre el patrimonio privativo del deudor. Entonces, en caso de que se mantuviera la sociedad de gananciales, su derecho de cobro quedaría subordinado a la previa realización de todos los acreedores de los que fuera deudor el cónyuge concursado; y, en caso de disolución, limitado al valor de la cuota de liquidación correspondiente al cónyuge *in bonis*, de la que previamente habría deducido la suya el cónyuge concursado.

¹²⁶ Pone de manifiesto esta incoherencia, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario legislación concursal*, II, p. 1568, e *id.*, «Comentario al artículo 84.1 LC», en SÁNCHEZ-CALEIRO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Valladolid, 2004, pp. 1657 ss., pp. 1660-1661. Coinciden en la crítica BELTRÁN, E., «Comentario al artículo 84 LC», en Rojo, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1494 ss., p. 1498, y CORDERO LOBATO, E. «Comentario al artículo 84 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115), pp. 969 ss., p. 978. Sin embargo, apunta las dificultades de lograr una situación que equilibre los intereses concursales y los de los acreedores, GALÁN, C., «Comentario al artículo 84 LC», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 845 ss., p. 850.

¹²⁷ Sin embargo, considera que se trata de una regla absolutamente lógica, BÉJAR, J., «Comentario al artículo 84 LC», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (coord.), *Derecho concursal práctico*, Madrid, 2004, pp. 446 ss., p. 446.

El problema que plantea una solución de este tipo es que, a nuestro juicio, ignora absolutamente la estructura organizativa de la sociedad de gananciales que, como sabemos, reserva el patrimonio ganancial al pago de las obligaciones gananciales. Y ello, con independencia de que el crédito haya sido contraído por uno u otro cónyuge pues, como hemos visto, ambos tienen el poder de gravar el patrimonio ganancial.

En un esfuerzo muy loable, se han tratado de neutralizar las negativas consecuencias que se deducen de una interpretación literal de estos preceptos recurriendo a la *acumulación de concursos* (art. 25 LC). En efecto, lo que se propone es que las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis* se realicen sobre el patrimonio de éste y, si no fuera suficiente, que estos acreedores soliciten su concurso¹²⁸. Entonces, a través de la acumulación de ambos procedimientos concursales, se podría conseguir la satisfacción de estos acreedores sobre el patrimonio ganancial. En esta línea, se propone también abrir el *concurso sobre el patrimonio ganancial* de modo análogo a lo que sucedería en el caso de la herencia.

Sin embargo, a nuestro juicio, estas soluciones no terminan de resolver el problema. En el primer caso, la acumulación está llamada a resolver las dificultades de coordinación que plantea la declaración en concurso de dos sujetos estrechamente vinculados, como es el caso de los cónyuges o de dos sociedades pertenecientes al mismo grupo de empresas. Pero no termina de dilucidar la cuestión central que se manifiesta en este supuesto, esto es, la relativa a la responsabilidad del patrimonio ganancial por las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge solvente. En efecto, aunque se acumule al primer concurso el concurso posterior del otro cónyuge, el patrimonio ganancial seguiría integrado en la masa activa del primer procedimiento y los acreedores gananciales del segundo cónyuge sólo podrían satisfacerse con el valor que restara tras su liquidación (si es que se produce). En ese caso, sólo se integraría en la masa activa del segundo concurso el valor de la cuota de liquidación correspondiente al segundo cónyuge¹²⁹. No se avanza, pues, mucho respecto de lo que sucedía cuando no se había abierto el concurso sobre el patrimonio del cónyuge *in bonis*. Además, aun cuando se lograra salvar esta dificultad, se trataría de una solución que impondría unos costes excesivos al cónyuge inicialmente solvente. En primer lugar, la satisfacción de estas deudas se llevaría a cabo a costa de someterlo a un procedimiento concursal que, entre otras desventajas, tiene unos importantes costes de administración,

¹²⁸ De esta opinión son, por ejemplo, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentario al artículo 84.1 LC*, I, p. 1661 y BLANQUER, CDC 43 (2005), pp. 122-123.

¹²⁹ En este sentido, es ilustrativa la afirmación de GARNICA MARTÍN, J., «Comentario al artículo 25 LC», en SAGRERA, J. M./SALA, A. /FERRÉ BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I (arts. 1-70), Barcelona, 2004, pp. 286 ss., pp. 293-294, quien sostiene que la acumulación de concursos no supone la liquidación conjunta de los patrimonios conyugales.

reputacionales, etc.; y en segundo lugar, este cónyuge sería declarado en concurso por unas deudas de las que podrían resultar cubiertas por el patrimonio ganancial al ser éste solvente (recuérdese que la declaración de concurso del primer cónyuge se produce a consecuencia de la insolvencia de su patrimonio privativo, no del patrimonio ganancial).

Por fin, aunque podría ser una propuesta interesante, a nuestro juicio, tampoco resulta definitiva la solución de abrir un concurso sobre el patrimonio ganancial. Dejando por un momento al margen la cuestión relativa a la aptitud de la sociedad de gananciales para ser declarada en concurso (v. *infra* VI), lo cierto es que la solución nos parece un tanto excesiva, pues partimos de un supuesto en que los bienes gananciales pueden ser suficientes para satisfacer todos los créditos de los que deba responder de forma definitiva. No estaría, entonces, justificado incurrir en los costes derivados de abrir un concurso que puede, incluso, menguar el patrimonio disponible para pagar esos créditos (p. ej., como consecuencia de los gastos que genera administrar ese concurso).

A la vista de lo anterior, la conclusión no ofrece dudas: a pesar de que el legislador ha tomado la decisión de incluir al patrimonio ganancial en la masa activa del concurso, no cabe privar a los acreedores del cónyuge *in bonis* de la posibilidad de satisfacerse con cargo al mismo. Hay que encontrar la manera para que éstos puedan ser satisfechos en tanto que créditos de la organización. A tales efectos, podemos ya anticipar que su posición cambiará en función de que el cónyuge *in bonis* solicite la disolución de la sociedad de gananciales [v. *infra a*]), u opte por mantenerla tras la declaración de concurso del otro cónyuge [v. *infra b*]].

a) Si el cónyuge *in bonis* solicita la disolución de la sociedad de gananciales, como ya hemos indicado, se abrirá una pieza separada en la que se procederá a la liquidación de dicho patrimonio conforme a las reglas que le son propias (v. *supra* III.2). A esa liquidación están llamados todos los acreedores legitimados a realizar sus pretensiones sobre el patrimonio ganancial (v. arts. 1398.1, 1401 y 1402 CC). Entre ellos se incluyen las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis*. La razón para admitir a tales créditos en la liquidación de esta organización es fácil de entender: las reglas que rigen la liquidación del patrimonio ganancial son reglas que hacen efectiva la separación existente entre el patrimonio de la organización y los patrimonios privativos de los cónyuges, reconociendo una preferencia en el cobro sobre el patrimonio ganancial a todas las obligaciones gananciales frente a los acreedores privativos de los cónyuges. *No admitir en la liquidación a las obligaciones gananciales con-*

*traídas por el cónyuge in bonis sería tanto como prescindir de las reglas que ordenan la separación entre ambas masas patrimoniales, pues se permitiría a los acreedores privativos del insolvente cobrar por delante de determinados acreedores gananciales. Que las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge in bonis no sean créditos concursales y, por ende, no puedan ser comunicados al concurso en el que se lleva a cabo la liquidación no constituye ningún obstáculo. Ya hemos visto que la liquidación de este patrimonio, cuando es solvente, se rige por las reglas previstas en el Código civil, que procesalmente se concretan en lo dispuesto en los artículos 806 y siguientes LEC. Pues bien, ni en estas normas, ni en la Ley Concursal existe límite alguno a la participación de estos créditos en la liquidación. Entonces, habrán de incluirse tanto las obligaciones gananciales de las que sea deudor el cónyuge concursado –que tendrán la consideración de créditos concursales y deberán haber sido comunicados al concurso–, como las obligaciones gananciales de las que sea deudor el cónyuge in bonis, que, por no ser créditos concursales, no tienen que realizarse a través del concurso, ni padecen los efectos de este procedimiento. Como ya indicamos, la concurrencia de las obligaciones gananciales sobre el patrimonio ganancial se ordenará conforme a los dispuestos por el régimen extraconcursal de prelación de créditos [v. supra IV.2.a])*¹³⁰.

b) La solución cambia cuando el cónyuge in bonis no solicita la disolución de la sociedad de gananciales. Entonces, el patrimonio ganancial queda materialmente integrado en el con-

¹³⁰ Defiende la participación de estos créditos en la liquidación de la sociedad de gananciales, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 268-269. Al no ser créditos concursales, las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge in bonis no se verán afectadas por la paralización de ejecuciones contemplada en el artículo 55 LC. De ahí que la solución propuesta por ÁLVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, pp. 500-501 no nos termine de convencer. En primer lugar, puesto que estos acreedores no son acreedores concursales pueden ejecutar el patrimonio (solvente) de la sociedad de gananciales, que sólo está integrado «formalmente» en el concurso. Y ello, con independencia del momento en que inicien la ejecución. En segundo lugar, a nuestro juicio, el artículo 55 LC deja poco espacio para una interpretación como la propuesta, que distingue entre ejecuciones iniciadas antes de la declaración del concurso respecto de las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge in bonis –que no se verán afectadas por la paralización–, y ejecuciones no iniciadas antes de la declaración de concurso –que sí que se verán afectadas–. En contraste, la solución que proponemos da respuesta al problema que planteaba ÁLVAREZ OLALLA, *El patrimonio familiar*, I, p. 504, nota 17, respecto de las deudas alimenticias que, según el artículo 1399 CC, son preferentes a los demás acreedores consorciales. Si admitimos, en primer lugar, que puedan concurrir sobre el patrimonio ganancial los acreedores consorciales contraídos por el cónyuge in bonis; y, en segundo lugar, que se aplique la prelación extraconcursal de créditos establecida en el Código civil, no hay ninguna dificultad para satisfacer preferentemente estos créditos con cargo al patrimonio ganancial. Cuestión distinta es que el patrimonio ganancial se revele insuficiente para atender al pago de los créditos, pues en ese caso habrá que declararlo en concurso (v. *infra* VI).

curso y en la masa activa del concurso se forman dos submasas patrimoniales: la primera, compuesta por los bienes privativos del cónyuge insolvente; y la segunda, por el patrimonio ganancial. Hablamos de integración material, porque a diferencia de lo que sucedía cuando se optaba por la disolución, la satisfacción sobre esa masa patrimonial no se lleva a cabo en pieza separada, sino dentro del propio concurso (v. *supra* III.4). En estos casos, como ya hemos avanzado, concurren sobre la submasa ganancial tanto las obligaciones gananciales de las que sea deudor el cónyuge concursado, como las obligaciones privativas de éste (v. *supra* III.2). Con su exclusión de la categoría de los créditos concursales, las obligaciones gananciales de las que sea deudor el cónyuge *in bonis* sólo podrán satisfacerse sobre la submasa ganancial desde fuera del concurso. Y es que la consecuencia inmediata de excluirlas de la relación de créditos concursales, –tal y como se declara en el artículo 84.1 LC–, no es que no puedan satisfacerse sobre dicho patrimonio, sino que *no quedan sometidas a las consecuencias que desencadena el concurso sobre estos créditos* (v. art. 40 LC, *in fine*). Así, por ejemplo, no quedarán afectadas por la prohibición de compensación, ni por la suspensión del devengo de intereses, ni por la interrupción de la prescripción, etc. En lo que a nosotros nos interesa, esto resulta particularmente importante porque *estos créditos no quedarán sujetos a la regla que prohíbe a los acreedores concursales ejecutar bienes integrados en la masa activa de concurso* (art. 55.1 LC); *por la misma razón, tampoco quedarán sujetos a las reglas de liquidación concursal, ni afectados por lo pactado en el convenio*. En definitiva, *las obligaciones gananciales de las que sea deudor el cónyuge in bonis tendrán expedita la vía para tratar embargo y ejecutar los bienes gananciales que se encuentran integrados en la masa activa del concurso, siendo competente para conocer de estas ejecuciones el juez del concurso* (art. 8.3 LC). De esta forma, podrán hacer efectiva la responsabilidad del patrimonio ganancial¹³¹.

Alternativamente, se ha propuesto limitar la aplicación del artículo 84 LC a aquellos casos en los que el cónyuge *in bonis* tenga bienes suficientes con los que hacer frente al pago de estas deudas gananciales. En caso contrario, se propone reducir teleológicamente

¹³¹ Intuye esta idea MAGARIÑOS BLANCO, *Homenaje Olivencia*, II, p. 2089. Asimismo, v. MAGRO SERVET, *La Ley*, 6213 (2005), p. 9, pero no determina sobre qué masa habrá de hacerse efectiva la ejecución. Entiende que estos acreedores podrán plantear una tercera de mejor derecho a través del incidente concursal, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, pp. 350-351, pero sin explicar por qué se puede agredir un patrimonio sometido al concurso desde fuera del procedimiento.

mente el precepto para no limitar injustificadamente las perspectivas de satisfacción de estos acreedores¹³². Aunque la interpretación propuesta resulta razonable, no parece, sin embargo, suficiente. Aún habiendo bienes bastantes en el patrimonio del cónyuge *in bonis*, no puede privarse a un acreedor de la organización de su facultad de satisfacerse sobre éste. Y menos aún, se puede relegar su satisfacción al previo pago de aquellos otros que no son acreedores de la organización (v. gr., los acreedores privativos del cónyuge insolvente). La separación existente entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges obliga a buscar una solución que haga efectiva dicha separación.

La solución propuesta no constituye ningún cuerpo extraño al procedimiento concursal. Créditos tan importantes para el buen discurrir del procedimiento como los prededucibles, pueden ejecutar bienes integrados en la masa activa del concurso precisamente porque no son créditos concursales y, por lo tanto, quedan al margen de todos los efectos del procedimiento (v. art. 154.2 LC, aunque simultáneamente se consagra una cuestionable paralización de la ejecución de estos créditos en interés del concurso)¹³³. No obstante, podría objetarse que la concurrencia desordenada de estos créditos gananciales entorpecería el buen funcionamiento del concurso. También podría argumentarse que permitiría a las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis* cobrar por delante de las obligaciones gananciales contraídos por el cónyuge concursado. Incluso, podría decirse que esta solución podría terminar volviéndose en contra de acreedores a los que se pretendería proteger, pues al quedar al margen del procedimiento, éstos podrían pasar por alto la oportunidad de cobrarse sobre el patrimonio ganancial.

Sin embargo, estas objeciones no resisten un examen más detenido. *En primer lugar, desde el punto de vista de los costes del procedimiento, ciertamente, el coste de administrar el procedimiento aumenta notablemente* al tener que coordinar la realización sobre distintas masas patrimoniales de unos créditos concursales –*i. e.*, acreedores privativos del cónyuge insolvente y acreedores gananciales contraídos por el cónyuge insolvente–, y

¹³² Así, v. BELTRÁN, E., «Comentario al artículo 84 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1494 ss., p. 1498. En su interpretación, sigue la línea de la enmienda núm. 25, planteada al Proyecto de Ley concursal en el Congreso de los Diputados por el Grupo Mixto. Para su consulta, v. «BOCG» de 23 de julio de 2002, núm. 101-1.

¹³³ La paralización ha sido criticada, entre otros, por BELTRÁN, E., «Comentario al artículo 154 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 2427 ss., pp. 2435-2436, y BERMEJO, *Créditos y quiebra*, pp. 130 ss.

de otros que no lo son –*i. e.*, los acreedores gananciales contraídos por el cónyuge *in bonis*–. Sin embargo, *este aumento de los costes de administración del procedimiento no es resultado de la interpretación propuesta, sino de una decisión previa*, a saber, *incluir en el concurso el patrimonio de una organización, como es la sociedad de gananciales, que está afecto al pago de responsabilidades distintas de las contraídas por el cónyuge insolvente* (*i. e.*, los acreedores de responsabilidad definitiva de la sociedad de gananciales contraídos por el cónyuge *in bonis*). Ciertamente, *de lege ferenda* lo razonable será dejar este conjunto de bienes fuera del concurso (v. *supra* IV.1). Pero, *de lege lata*, no podemos tratar de ahorrarnos dichos costes impidiendo que unos acreedores realicen sus pretensiones contra unos bienes con los que *ex ante* contaron para cobrarse, o que lo hagan en una posición –*i.e.*, por delante de los acreedores privativos de los cónyuges– con la que también contaron en el momento de contratar. El argumento de los costes no es, pues, un argumento suficiente para desvirtuar esta interpretación. No obstante, siendo el dato de los costes un dato real, la administración concursal deberá desplegar toda su diligencia y bien hacer para tratar de reducirlos y de asegurar que las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge *in bonis* puedan satisfacerse sobre el patrimonio ganancial por delante de los acreedores privativos del concursado. A tal fin, pueden resultar de gran utilidad recurrir las reglas que proporciona la Ley Concursal para ordenar el pago de los créditos prededucibles (excepción hecha de la regla de paralización de ejecuciones del art. 154 LC).

En segundo lugar, que los créditos contraídos por el cónyuge *in bonis* cobren por delante de los créditos gananciales contraídos por el cónyuge concursado es, en realidad, un falso problema. Siendo el *patrimonio ganancial solvente, esta situación* –que, ciertamente, deja mucho que desear desde el punto de vista de la coherencia valorativa– *no plantea en la práctica demasiada dificultad*. A fin de cuentas, siempre habrá bienes con los que puedan satisfacerse todos los créditos. Si, por el contrario, el patrimonio ganancial fuera insolvente, habría que declarar en concurso a la organización. Entonces ambas clases de acreedores gananciales habrían de satisfacerse a la vez (v. *infra* VI).

En tercer lugar, respecto de *los perjuicios que esta solución podría terminar imponiendo a los créditos contraídos por el cónyuge in bonis, hay que señalar que su ajenidad frente al concurso no les ha de perjudicar*. Como no son créditos concursales, no que-

dan sujetos a las reglas del concurso y, entre ellas, a las reglas relativas a la participación en el procedimiento (v. arts. 85 a 94 LC). Esto significa que podrán ir ejecutando el patrimonio ganancial a medida que sus créditos resulten exigibles y podrán hacerlo con preferencia sobre los acreedores privativos del concursado. No siendo créditos concursales, tampoco quedarán afectados por los efectos del concurso y, en particular, por el vencimiento anticipado concursal (arts. 88.2 y 148 LC). Sin embargo, esto no debe plantear ninguna dificultad: en la medida en que la sociedad de gananciales subsiste, podrán seguir realizándose sobre los bienes existentes (p. ej., procedentes de los rendimientos del trabajo del cónyuge *in bonis*, etc.). Si esas ejecuciones terminaran poniendo de manifiesto la falta de valor suficiente en la sociedad de gananciales para atender al pago de todas las deudas frente a las que ha de responder, estos acreedores deberían solicitar el concurso de la sociedad de gananciales (v. *infra* VI).

Si el patrimonio privativo del cónyuge no concursado no fuera suficiente para atender al pago de todos sus créditos, estos acreedores estarían también legitimados para agredir el patrimonio ganancial integrado en el concurso del primer cónyuge concursado (art. 1373 CC). Esto importa en el caso de los acreedores privativos, quienes además de poder declarar al segundo cónyuge en concurso, podrían satisfacerse sobre el patrimonio común integrado en el primer concurso en los términos antes expresados.

En la realización de la submasa ganancial, los acreedores gananciales de los que sea deudor el cónyuge *in bonis* concurrirán junto con aquellos otros de los que sea deudor el cónyuge concursado, así como con los créditos privativos del cónyuge concursado. Entonces se hará efectiva la separación patrimonial existente entre ambas masas: los acreedores gananciales se irán satisfaciendo con preferencia sobre los acreedores privativos del cónyuge concursado (arts. 1399 y 1402 CC, en relación con el art. 1034 CC). La prelación concursal sólo entrará en juego dentro de cada clase de créditos, esto es, bien respecto de los acreedores gananciales, bien respecto de los acreedores privativos del cónyuge insolvente. Estas ejecuciones podrán llevarse a cabo incluso cuando se haya alcanzado un convenio entre el deudor y los acreedores concursales. Es evidente que no siendo acreedores concursales no pueden quedar afectados por el contenido de dicho acuerdo (art. 135 LC). Pero tampoco quedarán afectadas por el convenio las obligaciones gananciales contraídas por el cónyuge insolvente, cuando se realicen en el concurso sobre el patrimonio ganancial.

Para entender esta conclusión, hay que recordar dos ideas. La primera, que *el convenio modula la exigibilidad del crédito con relación a un determinado patrimonio*. Por lo tanto, es perfectamente posible que un crédito quede definido frente a una masa patrimonial de una forma y de otra frente a otra masa distinta (así, por ejemplo, por efecto del convenio, estos créditos sólo podrían realizarse sobre el patrimonio privativo del deudor insolvente por el 50 por 100 de su valor y a la vuelta de dos años, mientras que sobre el patrimonio ganancial podrían realizarse por el 100 por 100 de su valor y en el momento de su vencimiento). La segunda cuestión es que a través de la integración en la masa activa sólo se pretende vincular un determinado patrimonio a la satisfacción de ciertos créditos, de modo que no quede fuera del concurso un conjunto de bienes con cargo a los que han de satisfacerse determinados acreedores concursales. *Lo que no ha pretendido el legislador es limitar el alcance de su responsabilidad*. Entonces, siendo el patrimonio ganancial solvente, no tiene sentido beneficiarle con los recortes que se establecen en interés del deudor. Mantener otra cosa introduciría una nueva contradicción de valoración: mientras el resto de los acreedores gananciales podrían realizar su crédito sobre ese patrimonio solvente por el 100 por 100, éstos sólo podrían cobrarse en los términos previstos en el convenio.

A una conclusión similar habría que llegar respecto de sus deudas privativas, cuando una vez satisfechas las obligaciones gananciales, quedara algún valor en el patrimonio común. Los efectos del convenio afectarían entonces al derecho de reintegro de la sociedad de gananciales sobre el patrimonio privativo del concursado

Por los créditos privativos del cónyuge concursado satisfechos con cargo a la masa ganancial, la sociedad de gananciales dispone de un derecho de reintegro (art. 1373 II CC)¹³⁴. Pues bien, *ese derecho de reintegro constituye un crédito concursal que, en principio, podría ser ejercitado en el propio concurso por el cónyuge in bonis*. Como ha puesto de manifiesto la doctrina más autorizada, estos son créditos exigibles durante la vida de la sociedad de gananciales sin necesidad de esperar a la liquidación de dicho patrimonio¹³⁵. Ahora bien, inmediatamente hay que señalar que *resultará de aplicación a este supuesto la regla que impide la concurrencia simultánea sobre un mismo patrimonio del crédito principal y del crédito de regreso resultante de la satisfacción de dicho crédito con cargo a otro patrimonio* (art. 87.6, primer inciso, LC). Por lo tanto, este derecho de reintegro sólo podrá realizarse –si se estima

¹³⁴ En esta línea, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios Legislación concursal*, II, p. 1568.

¹³⁵ Aunque es una cuestión discutida, parece que la doctrina mayoritaria se pronuncia a favor de la exigibilidad inmediata de estos derechos de crédito. Así lo apunta PEÑA, *Comentario artículo 1358 CC*, II, p. 676.

oportuno— a través de la subrogación del cónyuge *in bonis* en la posición de los acreedores satisfechos con cargo al patrimonio ganancial y que, sin embargo, debieran haber sido satisfechos con cargo al patrimonio privativo del insolvente. En este caso, la legitimación del cónyuge *in bonis* para proceder a la subrogación no procede propiamente de la titularidad del crédito, que ya hemos dicho, pertenece a la sociedad de gananciales. El cónyuge *in bonis* será más bien uno de los «interesados en el crédito» a los que se refiere el artículo 85.1 LC y a los que se legitima para poder presentar al concurso determinadas pretensiones ajenas.

Por actuar el cónyuge in bonis en interés de la sociedad de gananciales, el crédito de reintegro no sufrirá la tacha de la subordinación (v. arts. 92.5 y 93.1.1.º LC). Y es que, difícilmente se cumple el presupuesto subjetivo de la norma: el crédito nace a favor de la sociedad de gananciales y no del cónyuge *in bonis*, por lo que, en rigor, no existe un crédito a favor de una persona especialmente vinculada con el deudor¹³⁶. Además, malamente encajaría en la lógica en la que pretende justificarse esta degradación. En efecto, esta regla se explica en términos de hacer de peor condición a aquellos acreedores que pudieron conocer el estado patrimonial del deudor o que, incluso, le llevaron a la situación de deterioro patrimonial en la que se encuentra, y que, aún así, le concedieron crédito¹³⁷. Sin embargo, cuando con cargo al patrimonio ganancial se satisface un crédito que debería haberse satisfecho con cargo al patrimonio privativo del cónyuge concursado, no concurre esta circunstancia. Entonces, no podrá calificarse de subordinado al crédito de reintegro de la sociedad de gananciales.

VI. LA INSOLVENCIA DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

1. Planteamiento de la cuestión

La pregunta que quedó en el aire en el apartado anterior es si la sociedad de gananciales puede ser declarada en concurso. A

¹³⁶ Que el crédito nace a favor de la sociedad de gananciales se expresa con toda claridad, en sede de liquidación, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1397 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 780 ss., pp. 780-781.

¹³⁷ GARRIDO, J. M., «Comentario al artículo 92 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1658 ss., p. 1666.

diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos jurídicos, la Ley Concursal no ha contemplado expresamente esta posibilidad. Sin embargo, dicha solución resulta de interés para tratar con la mayor precisión posible la insolvencia de esta organización¹³⁸. Ésta bien podría tener su origen en el sobreendeudamiento resultante del ejercicio del comercio por uno o por ambos cónyuges o del ejercicio de alguna actividad profesional o en la reducción de las aportaciones al patrimonio común (p. ej., porque uno de los cónyuges pierda su puesto de trabajo, porque padezca una enfermedad, etc.). Así, si en la sociedad de gananciales no hubiera valor suficiente para atender al pago corriente de las obligaciones gananciales, no sería necesario declarar en concurso a los cónyuges; bastaría con declarar en concurso a la organización para ordenar el pago de los créditos afectados¹³⁹.

Frente a la opción de declarar en concurso a la sociedad de gananciales, estaría la posibilidad de declarar en concurso a uno o a ambos cónyuges. Sin embargo, *esta solución resultaría altamente insatisfactoria, pues no permitiría ordenar la concurrencia de los acreedores directamente afectados por la insolvencia de la sociedad de gananciales* (i. e., en principio, y siendo el patrimonio privativo de los cónyuges solvente, los acreedores gananciales). En efecto, si el cónyuge no concursado pidiera la disolución de la organización, las obligaciones gananciales concurrirían sobre el patrimonio ganancial al margen de las reglas del concurso. Como ya hemos visto, estas deudas habrían de satisfacerse en una pieza separada y conforme a las reglas del derecho común, no aplicándose la prelación concursal de créditos (v. *supra* IV). Por el contrario, si el cónyuge no concursado no pidiera la disolución, se procedería al pago de las obligaciones gananciales contraídas por el concursado, dentro del concurso y conforme a las reglas de este procedimiento. Ahora bien, las obligaciones gananciales contraí-

¹³⁸ Constata la falta de regulación de este fenómeno, por contraposición a lo que sucede en el derecho alemán, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios Legislación concursal*, II, p. 1549.

¹³⁹ La cuestión de qué bienes han de tomarse en consideración para determinar la insolvencia ha planteado alguna duda en la doctrina comparada. Pone de manifiesto este hecho, así como las distintas tesis en liza LÜER, H. J., en UHLENBRUCK, W., *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a edición, Munich, 2003, § 333 RdN 3, p. 3069. A nuestro juicio, el patrimonio que ha de tomarse en consideración es estrictamente el de la organización, sin que pueda ser valorada la suficiencia de bienes incluyendo también el patrimonio privativo de los cónyuges responsables. Apoyan esta solución SCHALLENBERG, R./RAFIQPOOR, P., en WIMMER, K. (ed.), *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 3.^a edición, Neuwied, 2002, § 333 RdN 26, pp. 2461-2462.

das por el cónyuge no concursado podrían interferir en dicha satisfacción ejecutando el patrimonio ganancial al margen del concurso (v. *supra* IV)¹⁴⁰.

Imaginemos el caso de un matrimonio que monta un bar con fondos gananciales y en el que se asigna el papel de empresario a uno de los cónyuges. Como sabemos, las deudas contraídas en el ejercicio de dicha actividad son obligaciones gananciales, a salvo las limitaciones que pudieran establecerse (v. art. 1365.2 CC, en relación con los arts. 6 a 12 CCO). Pues bien, siendo insuficiente el patrimonio ganancial para atender al pago de las deudas que pesan sobre el mismo, debería declararse el concurso de la sociedad de gananciales, incluyéndose en su masa activa el negocio, así como cualquier otro bien de carácter ganancial. Por contra, si descartamos esta solución, nos veríamos obligados a declarar en concurso al cónyuge empresario que sobreendeudó a la sociedad de gananciales y a integrar en la masa activa de su concurso al patrimonio ganancial para poder, así, satisfacer con cargo al mismo el endeudamiento por él contraído. Las obligaciones gananciales que, conforme a una interpretación apegada a la literalidad del artículo 84 LC no pudieran realizarse sobre el patrimonio ganancial, deberían satisfacerse con cargo al patrimonio privativo del cónyuge *in bonis*, que de ser insuficiente, debería ser también declarado en concurso.

A pesar del interés que puede tener una solución como la que estamos analizando, *la primera respuesta que cabría dar a la posibilidad de declarar en concurso a la sociedad de gananciales habría de ser negativa*. Como regla general, el legislador habría previsto la declaración de concurso de sujetos con capacidad de obrar (art. 1.1 LC), y sólo excepcionalmente habría contemplado la posibilidad de que fuera declarado en concurso un patrimonio. Esto es lo que sucedería en el caso de las herencias que no hubieran sido aceptadas pura y simplemente (art. 1.2 LC)¹⁴¹. La razón de ser de

¹⁴⁰ Registramos esta intuición en GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios legislación concursal*, II, pp. 1570-1571. Asimismo, v. YÁÑEZ RIVERO, *Aranzadi civil*, 20 (2002), pp. 2-3, cuando critica la limitación de los créditos concursales a los créditos privativos del concursado.

¹⁴¹ Entre nosotros, esto es lo que sostiene ROJO, A., «Comentario al artículo 1 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 141 ss., p. 144, al considerar que la capacidad concursal se vincula a las personas, naturales o jurídicas, y que sólo excepcionalmente puede reconocerse a un patrimonio carente de modo transitorio de titular, como es la herencia yacente, o a un patrimonio separado con titular, como es la herencia aceptada a beneficio de inventario. Fuera de esos supuestos, excluye que pueda reconocerse capacidad concursal a un patrimonio separado. BERCOVITZ, R., «Comentario al artículo 1 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 27 ss., p. 32, considera que debe admitirse la declaración en concurso de «los patrimonios separados, con titular interino, afectos a un fin, colectivo» a los que se reconocería capacidad para ser parte en procesos *ex artículos 6.1.4.º y 5.º LC*. Por su parte, CABANAS, *El patrimonio familiar*, I, pp. 382-387 parte de la regla general «una persona, un concurso», con la excepción del concurso de la

esta excepción sería distinta según nos encontráramos en el caso de una herencia yacente o en el de una herencia aceptada a beneficio de inventario. En el primer caso, se trataría de abrir un procedimiento sobre un conjunto de bienes que aún carecería de titular, mientras en el segundo caso, la razón se encontraría en la existencia de un patrimonio que ya tendría titular, pero que quedaría separado del resto de los bienes del heredero y con el que habría que hacer frente a las obligaciones que pesaran sobre el mismo¹⁴².

A la vista de estos argumentos, lo que procede ahora es establecer si, a pesar de las autorizadas voces que se oponen a ello, es posible declarar el concurso de una sociedad de gananciales. A tales efectos debemos dar tres pasos: en primer lugar, hay que verificar cuál es la verdadera razón por la que determinadas masas hereditarias puedan ser declaradas en concurso (v. *infra* 2); en segundo lugar, hay que analizar si esa razón concurre también en el caso de la sociedad de gananciales (v. *infra* 3); y, por fin, en tercer lugar, hay que verificar si existe alguna regla en el derecho positivo que apoye dicha solución (v. *infra* 4).

2. La capacidad concursal de los patrimonios separados

Analizar la razón por la que determinadas masas patrimoniales pueden ser declaradas en concurso nos conduce al estudio de su *capacidad concursal*. Como ha puesto de manifiesto la doctrina más atenta, ésta nada tiene que ver con la capacidad de obrar que se predica de los sujetos de derecho. Ni siquiera puede vincularse a la capacidad procesal de determinados sujetos o patrimonios¹⁴³. En rigor, la capacidad concursal depende de *la aptitud de un patrimonio para soportar sobre sí mismo determinadas obligaciones*. Así, sólo en la medida en que un patrimonio pueda resultar gravado con deudas, podrá concursar. Esto es tanto como decir que, además de los patrimonios de los que sean titulares las personas naturales y las jurídicas, *también tienen capacidad con-*

herencia. Insiste en que los únicos legitimados para ser declarados en concurso son los cónyuges, en su calidad de deudores, ARANGUREN URRIZA, *Homenaje Delgado de Miguel*, pp. 356 y 362. Recientemente, niega la posibilidad de declarar en concurso a la sociedad de gananciales por carecer de personalidad jurídica, CUENA CASAS, *Concurso persona casada*, p. 68.

¹⁴² Esto es lo que se deduce de lo expresado por ROJO, A./ORDUÑA, F. J., «Comentarios al artículo 1 LC. La capacidad concursal de la herencia», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 155 ss., pp. 155-157.

¹⁴³ Así, por ejemplo, v. KIRCHHOF, H. P., *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2.^a edición, Heidelberg, 2001, § 11 *RdN*. 4, p. 52, y OTT, C., en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I, Munich, 2001, § 11 *RdN*. 10, p. 191.

cursal los patrimonios separados pues, a fin de cuentas, también estos patrimonios evidencian tal aptitud¹⁴⁴. Se explica así que una herencia yacente o una herencia aceptada a beneficio de inventario puedan ser declaradas en concurso (art. 1.2 LC, *in fine*), mientras que una comunidad constituida por dos hermanos que han comprado una finca a medias, no. En el primer caso, la herencia yacente soporta las llamadas deudas y cargas de la herencia, que habrán de realizarse sobre el caudal hereditario; y nada distinto sucede en el caso de la herencia aceptada a beneficio de inventario¹⁴⁵. Por el contrario, en el segundo caso, el patrimonio común no habrá de soportar deuda alguna, pues, como es sabido, se disuelve en cuotas dentro de los patrimonios privativos de cada uno de los comuneros. Entonces, lógicamente, no podrán contraerse deudas sobre dicho patrimonio¹⁴⁶.

En este punto, debemos recordar que la aceptación de la herencia a beneficio de inventario no incide sobre la separación existente entre el patrimonio del heredero y el patrimonio hereditario. Sólo introduce una limitación de la responsabilidad por las deudas de la herencia. Entonces, la «no confusión» con el patrimonio del heredero se produce tanto en el caso de la herencia yacente como en el de la aceptada a beneficio de inventario. Por el contrario, desde el momento en que se produce la aceptación pura y simple, el patrimonio deja de soportar por sí mismo sus propias deudas (art. 1003 CC), y, por lo tanto, desaparece dicha posibilidad¹⁴⁷.

¹⁴⁴ De nuevo, KIRCHHOF, *Heidelberger Komm InsO*², § 11 RdN 20, p. 55; OTT, *MünchKomm. InsO*, I, § 11 RdN 9, p. 191.

¹⁴⁵ Que la herencia aceptada a beneficio de inventario constituye un patrimonio separado lo apuntan, entre tantos, LÓPEZ JACOISTE, J. J., «Comentario al artículo 1034 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios al Código civil*, t. I, Madrid, 1993, pp. 2429 ss., p. 2430; *id.*, «Comentario al artículo 1023 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 2405 ss., pp. 2405-2407; DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A. *Sistema de derecho civil*, v. IV, 6.^a edición, Madrid, 1992, p. 544; LACRUZ BERDEJO, J. L./SANCHO REBULLIDA, F. A., *Elementos de Derecho civil*, t. V (Derecho de sucesiones), Barcelona, 1988, p. 108. En el caso de que la herencia se encuentre yacente, v. LACRUZ/SANCHO, *Sucesiones*, pp. 93-94.

¹⁴⁶ Sobre la falta de capacidad concursal de esta comunidad, en la literatura alemana, HIRTE, H., en UHLENBRUCK, W. (ed.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a edición, Munich, 2004, § 11 RdN 4, pp. 152-153.

¹⁴⁷ DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, IV⁶, pp. 536 y 544, afirman que la aceptación pura y simple de la herencia provoca la confusión con el patrimonio del heredero y extiende a éste la responsabilidad de las deudas hereditarias. Matizan esta conclusión, siguiendo las tesis del profesor Peña, LACRUZ/SANCHO, *Sucesiones*, pp. 107-108, para sostener que no se produce confusión en perjuicio de terceros –p.ej., los acreedores del causante– y, que, éstos conservarían su preferencia frente a los acreedores del heredero sobre los bienes de la herencia. En una línea similar, PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J., «Comentario artículo 1.2 LC», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 75 ss., p. 79, afirma que la aceptación de la herencia pura y simplemente no produce una confu-

Una vez que hemos aclarado el fundamento de la capacidad concursal de los patrimonios separados, entendemos que es razonable extender esta solución a la sociedad de gananciales. Como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo del trabajo, ésta es una organización, o si se prefiere, un patrimonio separado que soporta sus propias obligaciones. Por lo tanto, en caso de insolvencia se haría merecedor de un tratamiento análogo al que reciben las masas hereditarias antes mencionadas. Sin embargo, en contra de esta interpretación se ha objetado que el grado de estanqueidad del patrimonio ganancial no sería equivalente al de los patrimonios hereditarios¹⁴⁸. En concreto, se ha invocado el contenido del artículo 1373 II CC para poner de manifiesto el menor grado de separación existente entre el patrimonio ganancial y los patrimonios privativos de los cónyuges en comparación con la separación existente entre la masa hereditaria y el patrimonio de los herederos¹⁴⁹. Así, mientras que en el primer caso, los acreedores privativos del cónyuge deudor quedarían legitimados para embargar y ejecutar bienes integrados en el patrimonio ganancial (art. 1373 II CC); en el segundo caso esta posibilidad les estaría expresamente vedada (v. art. 1034 CC).

A nuestro juicio, esta objeción carece de fundamento. *De hecho, la separación existente entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de los cónyuges es equivalente a la existente entre el caudal hereditario y el patrimonio de los herederos cuando la herencia no ha sido aceptada de manera pura y simple.* Ciertamente, el artículo 1373 II CC permite que los acreedores privativos del cónyuge insolvente se satisfagan con cargo al patrimonio ganancial. Ahora bien, en estos casos, la separación existente entre ambos patrimonios se traduce en una preferencia de los acreedores gananciales frente a los acreedores privativos del cónyuge insolvente (v. *supra* II). Esto es tanto como decir que también para la sociedad de gananciales opera el «beneficio de separación» contemplado en

sión automática del patrimonio hereditario con el patrimonio particular del heredero, sino una responsabilidad por las deudas del causante como si fueran propias.

¹⁴⁸ GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios Legislación concursal*, II, p. 1554. En este punto, nos recuerda, es fundamental tener en cuenta que el beneficio de inventario aísla al haber hereditario de otras deudas que no sean las del causante, cosa que no sucede en el caso del patrimonio consorcial (v. arts. 1373 y 1369 CC). Posteriormente, se manifiesta favorable a que pueda abrirse un concurso sobre la masa ganancial, *ibid.*, pp. 1566 y 1571, aunque pone de manifiesto la dificultad de articular tal solución a la vista de la comunicación de responsabilidades entre ambos patrimonios.

¹⁴⁹ Así, por ejemplo, v. DE LOS MOZOS, *Comentarios artículos 1373 y 1374 CC*, XVIII, 2, p. 329.

el artículo 1034 CC respecto de las herencias no aceptadas pura y simplemente¹⁵⁰.

Sentado lo anterior, salta a la vista *que el patrimonio ganancial es un patrimonio suficientemente separado del patrimonio de cada uno de los cónyuges para poder ser declarado en concurso*. Y al igual que la herencia yacente o la herencia aceptada a beneficio de inventario, tiene la capacidad de soportar sobre sí mismo las obligaciones contraídas por los cónyuges. De ahí que tenga capacidad concursal¹⁵¹.

3. El argumento de derecho positivo

Llegados a este punto, queda por averiguar *si existe en el derecho positivo algún apoyo a esta solución*. La respuesta es afirmativa: el Código civil ya contemplaba expresamente esta posibilidad. En concreto, *el artículo 1399 II CC remite a las normas del concurso de acreedores para tratar la insolvencia del patrimonio ganancial evidenciada durante la liquidación de éste*. Ciertamente, la doctrina ha venido interpretando que esta remisión debía entenderse hecha al orden de prelación de créditos establecido en los artículos 1921 a 1929 CC¹⁵². Sin embargo, la literalidad del precepto no ofrece lugar a dudas: la remisión del legislador se hace a lo dispuesto «para la concurrencia y prelación de créditos». Precisamente ésta es la rúbrica que lleva el título XVII del Código civil, en el que, además de las reglas de prelación, se encontraba antes de la reforma concursal el régimen sustantivo del beneficio de quita y espera, así como del viejo concurso de acreedores (v. arts. 1911 a 1920 CC, derogados).

¹⁵⁰ Sobre el contenido de este derecho, v. LÓPEZ JACOISTE, *Comentario al artículo 1034 CC*, I, pp. 2429-2430, donde lo describe como un efecto propio de la separación patrimonial que consolida el beneficio de inventario. En la línea de vincularlo a la separación de patrimonios, v. DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, IV⁶, pp. 554-557. Desde otra perspectiva, LACRUZ/SANCHO, *Sucesiones*, pp. 115-116, parecen extender su aplicabilidad a la herencia no beneficiada, tomando como base ciertos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

¹⁵¹ Esto es claro en la literatura alemana, pues así lo dispone los §§ 11 y 333 InsO y así lo reconocen los comentaristas de dichas normas. A modo de ejemplo, v. SCHALLENBERG/RAFIQPOOR, *Frankfurter Komm. InsO*³, § 333 RdN 12, p. 2459; HIRTE, H., en UHLENBRUCK, W. (Hrsg.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a edición, M unich, 2004, § 11 RdN 4-5, pp. 152-153.

¹⁵² Así, por ejemplo, v. DÍEZ-PICAZO, L. «Comentario al artículo 1399 CC», en AA.VV., *Comentario a las reformas de Derecho de familia*, Madrid, 1984, pp. 1793 ss., p. 1794; DE LOS MOZOS, «Comentarios a los artículos 1399 a 1403 CC», en ÁBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios a los artículos 1399 y 1403 CC*, XVIII. 2, p. 489; o PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., «Comentario al artículo 1399 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 781 ss., p. 784.

Esta interpretación queda confirmada a la vista de las fuentes históricas. En efecto, en su redacción originaria, el Código civil ya contenía una regla análoga respecto de liquidación de la sociedad de gananciales, que los comentaristas más autorizados interpretaron como una remisión hecha a todo el título XVII -y no sólo a las reglas de prelación- (v. art. 1422 CC, en la redacción anterior a la reforma de 1981)¹⁵³. Tras esta reforma, dicha regla sólo cambia de numeral, por lo tanto no resulta posible llegar a una conclusión distinta a la alcanzada por los primeros intérpretes. Ahora bien, dicho esto, no podemos dejar de reconocer que tras la entrada en vigor de la Ley Concursal, los procedimientos civiles de quita y espera, así como de concurso de acreedores han sido sustituidos por un nuevo concurso (general) de acreedores (disp. derog. única 3.2.^a LC). En lo que a nosotros nos interesa, eso significa que *habrá que integrar la remisión hecha en el artículo 1399 II CC a los viejos procedimientos concursales del Código civil, recurriendo al nuevo concurso de acreedores que los ha sustituido*. Esto es tanto como decir que en caso de que el patrimonio ganancial resulte insolvente, deberá abrirse sobre el mismo un concurso de acreedores (y no sobre cada uno de los cónyuges).

En contra de esta interpretación podría objetarse que el artículo 1399 II CC sólo ha contemplado la posibilidad de abrir el concurso sobre la sociedad de gananciales en un supuesto muy concreto, esto es, cuando la insolvencia se manifiesta a resultas de su liquidación. Entonces, habría que considerarla excluida en todos los demás casos. Ésta es, sin embargo, una conclusión que no podemos compartir. Lo más factible es que el legislador del Código civil redactara la regla tomando como referencia aquella circunstancia en la que parecía más probable que la insolvencia de la sociedad de gananciales pudiera manifestarse. Formulado en otros términos, el legislador se limitó a regular la posibilidad de declarar en concurso al patrimonio ganancial en el supuesto más común (*id quod plerumque accidit*). Esto, sin embargo, no ha de impedir a los operadores jurídicos extender la regla a todas las demás situaciones en las que se evidencie la insolvencia de la sociedad de gananciales.

¹⁵³ Tal es el caso de SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, V.1², p. 853. Más precisa es, aún, la afirmación de QUINTUS MUCIUS SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*, t. XXII (arts. 1392 a 1444), 2.^a edición, Madrid, 1967, pp. 768 y 771, quien entiende que la remisión se hace a los artículos 1911 a 1929 CC, entre los que se encuentran incluidas las reglas sustantivas del antiguo concurso de acreedores.

Como acabamos de demostrar, la sociedad de gananciales, en tanto que patrimonio separado, puede ser declarada en concurso. Además, el Código civil nos proporciona un sólido argumento de derecho positivo en el que fundar esta conclusión (v. art. 1399 II CC *in fine*). *De este modo, el artículo 1399 II CC completa lo dispuesto en el artículo 1.2 LC, respecto de la capacidad concursal de los patrimonios separados.*

4. La responsabilidad de los cónyuges frente al patrimonio ganancial insolvente

Una vez confirmada la posibilidad de declarar en concurso a la sociedad de gananciales, nos queda aclarar algunos aspectos relativos a la responsabilidad de los patrimonios de cada uno de los cónyuges.

Lo primero que hay que señalar es que *la declaración de concurso sobre el patrimonio ganancial no elimina en ningún caso la responsabilidad de los cónyuges por el endeudamiento contraído*. Los patrimonios privativos de los cónyuges seguirán respondiendo en la forma dispuesta por el Código civil y, en caso de insolvencia, podrán ser declarados en concurso¹⁵⁴. Esta afirmación plantea, sin embargo, alguna dificultad. En efecto, ante la falta de bienes suficientes en el patrimonio ganancial sobre los que realizar sus créditos, cabe prever que los acreedores frente a los que responda el patrimonio ganancial traten de huir del concurso abierto e intenten realizar sus créditos sobre el patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges. Esta situación plantea, en concreto, dos tipos de problemas: el primero es que *se reproduzcan sobre los patrimonios privativos de los cónyuges las carreras entre acreedores que la declaración en concurso del patrimonio ganancial trató de evitar* [v. *infra a*]); y el segundo, reside en *determinar de qué modo quedan afectados estos acreedores por el convenio adoptado en el concurso de la sociedad de gananciales, cuando a la vez puedan satisfacerse sobre el patrimonio privativo de cualquiera de los cónyuges* [v. *infra b*]).

a) El problema de las carreras entre los acreedores se resuelve para las sociedades personalistas -*v. gr.*, sociedad civil, sociedad colectiva y sociedad comanditaria simple- a través de la regla con-

¹⁵⁴ En la literatura alemana, respecto de lo dispuesto en el § 334 *InsO*, por todos, v. SCHALLENBERG/RAFIQPOOR, *Frankfurter Komm. InsO*³, § 334 *RdN* 1, p. 2464, y SCHUMANN, E., en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. III, Munich, 2001, § 334 *RdN* 1, p. 654.

tenida en el artículo 48.5 LC. En virtud de esta regla, declarado el concurso de cualquiera de estas sociedades, los acreedores no podrán dirigirse por sí mismos contra el patrimonio de los socios, sino que habrán de dejar en manos de la administración concursal el ejercicio de estas acciones. La doctrina ha puesto de manifiesto que la racionalidad de este precepto es doble. Por una parte, se trata de asegurar que ningún acreedor toma ventaja en la realización de sus derechos de crédito sobre los demás patrimonios responsables (en nuestro ordenamiento jurídico, el patrimonio de los socios subsidiariamente responsables que respondan ilimitadamente de las deudas de la sociedad); pero, por otra parte, se trata de evitar que la agresión masiva de los acreedores de la sociedad conduzca a una insuficiencia puramente teórica del patrimonio de los socios¹⁵⁵.

Los problemas que acabamos de describir se manifiestan igualmente en el concurso de la sociedad de gananciales. También los acreedores frente a los que responde la sociedad de gananciales pueden hacer efectivo su crédito contra el patrimonio del cónyuge que contrajo la obligación, que, como es sabido, responde solidariamente de dicha deuda junto al patrimonio ganancial. Para evitar, entonces, que sobre el patrimonio privativo de dicho cónyuge se reproduzcan las carreras entre los acreedores gananciales por ser los primeros en realizar sus créditos e, incluso, que se pueda considerar que no hay bienes en el patrimonio del cónyuge para satisfacer los créditos cuando en realidad los haya, *tiene todo el sentido que se limiten sus posibilidades de agresión y que se concentren en manos de la administración concursal en términos análogos a lo previsto en el artículo 48.5 LC.* De este modo, todos los acreedores concurrirán a la vez sobre el patrimonio de los cónyuges responsables y se evitará una concatenación de concursos que dificultaría el tratamiento de la insolvencia de la sociedad de gananciales¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Respecto de la racionalidad de esta previsión, que se encuentra en el § 93 de la Ordenanza concursal alemana, v. BALZ, M./LANDFERMANN, H. G., *Die neuen Insolvenzgesetzen*, Dusseldorf, 1999, p. 311. Allí explican que con esta solución no se coloca a los socios en una situación peor que la que tendrían anteriormente. También, EICKAMNN, D. *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2.ª edición, Heidelberg, 2001, § 93 RdN 5, p. 304. Entre nosotros, explica la lógica de la regla contenida en el artículo 48.5 LC, BELTRÁN, E., «Comentario al artículo 48 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 960 ss., pp. 985-986, donde la configura la acción atribuida a la administración concursal como una forma de reintegración e *ibid.*, pp. 986-987, señala que es la subsidiariedad de la responsabilidad del socio la explica que sólo deba responder de la insuficiencia patrimonial del deudor. SÁEZ LACAVE, *RcP* 2 (2005), pp. 194-195, nota núm. 48, afirma que se trata de una intensificación de la subsidiariedad de la responsabilidad del socio a fin de racionalizar la responsabilidad del socio en interés del concurso.

¹⁵⁶ Esta justificación es unánime en la literatura alemana. Así, v. KEMPER, J., en KÜBLER, B./PRÜTTING, H. (eds.), *Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. II, colonia 2003,

A pesar de la razonabilidad de los argumentos expuestos, lo cierto es que el legislador concursal no contempló esta solución en la Ley Concursal. En efecto, en la medida en que no contempló la posibilidad de declarar en concurso a la sociedad de gananciales, tampoco tomó en consideración la posibilidad de que se diesen este tipo de problemas para resolverlos. No obstante, dada la lógica de la regla —que, en rigor, es bastante independiente de la subsidiariedad o solidaridad de la responsabilidad del socio o del cónyuge—, esta solución habrá de extenderse a todos los casos de responsabilidad externa de los cónyuges frente a las obligaciones gananciales, con independencia de que sea solidaria o subsidiaria¹⁵⁷. En efecto, existiendo identidad de razón entre ambos supuestos, habrá que recurrir a la analogía para extender la eficacia de la regla contenida en el artículo 48.5 LC a los supuestos en los que se abra un concurso sobre el patrimonio ganancial y entre en juego la responsabilidad de los cónyuges por ese endeudamiento. Al igual que en el caso de las sociedades personalistas, será la administración concursal la que se encargue ejercitar las acciones correspondientes a los acreedores por la parte del crédito que quede sin cubrir en el concurso de la sociedad de gananciales.

b) *Convenio*. Al igual que en el caso de los socios de una sociedad personalista, los cónyuges miembros de una sociedad de gananciales han de beneficiarse de las mismas condiciones que el convenio establece para las deudas de la sociedad de gananciales. Y es que en la forma de organización que representa esta mano común, el surgimiento de la obligación ganancial determina el surgimiento de la obligación para el cónyuge que actúa en el tráfico, de ahí que la deuda del cónyuge deba seguir la suerte de la obligación ganancial. Así las cosas, los acreedores sólo podrán exigir a los cónyuges el pago de sus créditos en los términos acordados en el convenio¹⁵⁸.

§ 334 RdN 2, p. 1; LÜER, *Insolvenzordnung*¹², § 334 RdN 1, p. 3070; SCHALLENBERG/RAFIQOOR, *Frankfurter Komm. InsO*³, § 334 RdN. 5-6, pp. 2464-2465; SCHUMMAN, *MünchKomm InsO*, III, § 334 RdN 9, p. 657.

¹⁵⁷ Sobre este punto, v. SÁEZ LACAVE, *RcP*, 2 (2005), pp. 194 y 195, nota núm. 53 donde pone de manifiesto que el artículo 48.5 LC se refiere a supuestos de responsabilidad externa y que su correlato alemán tiene como punto de partida una responsabilidad no subsidiaria, sino primaria con la sociedad. Sin embargo, PERDICES HUETOS, A. B., *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Madrid, 2005, pp. 175-176, parece insistir en el elemento de la subsidiariedad como condición para aplicar el precepto.

¹⁵⁸ En la literatura alemana, por ejemplo, v. SCHUMMAN, *MünchKomm InsO*, III, § 334 RdN 1 y 20 pp. 654 y 660, aunque entiende que en el *Insolvenzplan* se podría establecer otra cosa.

VII. CONCLUSIÓN

En este estudio hemos demostrado que *la sociedad de gananciales es una organización a través de la que se establece un patrimonio separado del patrimonio de los cónyuges*. Esto explica que comparta determinadas reglas con otras organizaciones como pueden ser la sociedad colectiva o la sociedad civil. En particular, debemos destacar la regla que establece la preferencia de los acreedores de la organización sobre los acreedores privativos de los socios que, como hemos visto, constituye la manifestación más clara de dicha separación patrimonial.

De esta primera idea se deriva una segunda que tiene gran transcendencia desde el punto de vista concursal: *el concurso no puede alterar la separación existente entre el patrimonio ganancial y el patrimonio privativo de cada uno de los cónyuges, que resulta de la constitución de una forma típica de organización como es la sociedad de gananciales*. El régimen concursal legitima al legislador para adoptar las medidas necesarias tendentes a ordenar la concurrencia desordenada de los acreedores sobre el patrimonio responsable, pero en modo alguno le legitima para alterar las estructuras sobre las que se asienta esa responsabilidad. La mejora de los niveles de satisfacción de determinados acreedores no puede hacerse a costa de prescindir de la lógica que ordena la responsabilidad de los distintos patrimonios. Siendo un patrimonio separado del patrimonio de cada uno de los miembros de la organización, el patrimonio ganancial no debería quedar afectado por el concurso de uno de los cónyuges. Ahora bien, una vez que el legislador ha optado por incluirlo en la masa activa del concurso de los cónyuges –como sucede en el caso de la sociedad de gananciales–, debe respetar las consecuencias que se derivan naturalmente de la existencia de dicha organización. Éstas pasan, en primer lugar, por reconocer al cónyuge *in bonis* la facultad de extraer del concurso la cuota que le corresponde en dicha organización cuando se liquida la sociedad de gananciales; en segundo lugar, por limitar las facultades de agresión de los acreedores privativos del cónyuge insolvente a la cuota que corresponda al concursado; y, en tercer lugar, por respetar la preferencia de los acreedores gananciales frente a los acreedores privativos del concursado tanto en los supuestos de liquidación, como de subsistencia de la sociedad de gananciales.

La tercera idea que se desprende de esta comprensión de la sociedad de gananciales como organización es que *tiene aptitud para soportar por sí misma cierto endeudamiento y, por lo tanto,*

es un patrimonio con aptitud concursal, esto es, que puede ser declarado en concurso. Así lo confirma el artículo 1399 CC que completa, en este punto, lo dispuesto en el artículo 1.2 LC.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV.: *La reforma concursal. Dossier práctico Francis Lefebvre*, Madrid, 2003.
- ÁLVAREZ OLALLA, P.: «La repercusión de las crisis empresariales en el régimen económico matrimonial en la nueva Ley concursal», en GARRIDO MELERO, M. /FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Barcelona 2005, pp. 489 ss.
- «Comentario al artículo 77 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 928 ss.
- ARANGUREN URRIZA, F. J.: «Bienes gananciales y privativos en el concurso de acreedores del deudor casado», *Homenaje a D. Juan Francisco Delgado de Miguel*, Pamplona, 2007, pp. 347-369.
- ARIAS VARONA, F. J.: *El derecho de separación en la quiebra*, Pamplona, 2001.
- ARNAU RAVENTÓS, L.: *La declaración de concurso de persona casada y la composición de la masa activa. Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal*, Barcelona, 2006.
- BALZ, M./LANDFERMANN, H. G.: *Die neuen Insolvenzgesetzen*, Dusseldorf, 1999.
- BELTRÁN, E.: «Comentario al artículo 154 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 2427 ss.
- «Comentario al artículo 84 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1494 ss.
- «Comentario al artículo 49 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 989 ss.
- «Algunas consideraciones sobre la composición del patrimonio concursal», en GARCÍA VILLASVERDE, R./ALONSO UREBA, A./PULGAR EZQUERRA, J. (dirs.), *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley concursal de 2001*, Madrid, 2001, pp. 153 ss.
- BÉJAR, J.: «Comentario al artículo 84 LC», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M. A. (coord.), *Derecho concursal práctico*, Madrid, 2004, pp. 446 ss.
- BELTRÁN, E.: «Comentario al artículo 48 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 960 ss.
- BERCOVITZ, R.: «Comentario al artículo 1 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115), Madrid, 2004, pp. 27 ss.
- BERMEJO, N.: «Los efectos del concurso sobre los créditos: una nueva aproximación», *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 31, 2005, pp. 3 ss.
- «Comentario al artículo 88 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1578 ss.
- «Comentario al artículo 87 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentarios de Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1559 ss.
- *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002.
- BLANQUER UBEROS, R.: «Efectos del concurso sobre los derechos de la persona del deudor, familia y sucesiones», *CDC*, núm.º 43, 2005, pp. 37 ss.

- «Estudios sobre el nuevo derecho de familia», *AAMN*, t. XXV, 1982, pp. 45 ss.
- CABANAS TREJO, R.: «Situaciones de insolvencia en la empresa familiar (especial atención a los créditos subordinados)», en GARRIDO MELERO, M./FUGARDO ESTIVILL, J. M. (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. I, Barcelona 2005, pp. 379 ss.
- CAPILLA, F.: «Comentario al artículo 1699 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXI, vol. 1 (arts. 1664 a 1708 CC), Madrid, 1986, pp. 560 ss.
- CORDERO LOBATO, E.: «Comentario al artículo 84 LC», en BERCOVITZ, R. (coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I (arts. 1-115), pp. 969 ss.
- CUENA CASAS, M.: *El concurso de acreedores de persona casada en régimen económico matrimonial de comunidad*, Madrid, 2008.
- DE EIZAGIRRE, J. M. de; *Derecho mercantil*, 4.^a edición, Madrid, 2005.
- *Derecho de sociedades*, Madrid, 2001.
- «La subjetivación de las sociedades de personas», *RdS*, núm. 14, 2000, pp. 85 ss.
- DE LOS MOZOS, J. L. «Comentarios a los artículos 1373 y 1374 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVIII, v. 2 (arts. 1344 a 1410 CC), Madrid, 1984, pp. 325 ss.
- «Comentarios a los artículos 1399 a 1403 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XVIII, v. 2 (arts. 1344 a 1410 CC), Madrid, 1984, pp. 483 ss.
- DEL MORAL, I.: «Comentario a la disp. adic. 1.^a LC», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 1763 ss.
- DÍEZ-PICAZO, L.: «Bienes parafernales: quiebra del marido y responsabilidad de los frutos y rentas de los parafernales: De Diego Bohling c. Arbós y otros; col. leg. núm. 93, p. 495», en *Estudios de jurisprudencia civil*, v. III, 3.^a edición, Madrid, 1981, pp. 116 ss.
- «Comentario al artículo 1393 CC», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 1782 ss.
- «Comentario al artículo 1399 CC», en AA.VV., *Comentario a las reformas del Derecho de familia*, Madrid, 1984, pp. 1793 ss.
- DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, v. IV, 6.^a edición, Madrid, 1992.
- EICKAMNN, D.: «Comentario al § 93 InsO», *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2.^a edición, Heidelberg, 2001.
- GADEA SOLER, E.: «Comentario a la disposición final segunda», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 1807 ss.
- GALÁN, C.: «Comentario al artículo 84 LC», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 845 ss.
- GARCÍA URBANO, J. M.: «Comentario al artículo 1393 CC», en Díez-Picazo, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 761 ss.
- GARCÍA VILLAVERDE, R.: «El ejercicio del comercio por persona casada», *RDM*, 1982, núm. 165-166, pp. 497 ss.
- GARNICA MARTÍN, J.: «Comentario al artículo 25 LC», en SAGRERA, J. M./SALA, A./FERRÉ BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. I (arts. 1-70), Barcelona, 2004, pp. 286 ss.

- GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*, t. I, 7.^a edición (revisada con la colaboración de BERCOVITZ, A.), Madrid, 1976.
- GARRIDO, J. M.: «Comentario al artículo 89 LC», en ROJO, A./BELTRAN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1596 ss.
- *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, 2000.
- «Comentario al artículo 92 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1658 ss.
- GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho Mercantil*, t. II, 8.^a edición (a cargo de SÁNCHEZ CALERO, F.), Madrid, 1983.
- GAY DE MONTELLÁ, R.: *Tratado de la legislación comercial de España a base del Código de Comercio*, t. VI, Barcelona, 1930.
- GIRÓN, J.: *Derecho de sociedades*, t. I, Madrid, 1976.
- GONDRA, J. M.: «Régimen de la «empresa conyugal»: sociedad de derecho mercantil, sociedad de derecho de familia», en *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Madrid, 2002, v. I, pp. 245 ss.
- GONZÁLEZ HUEBRA, P.: *Tratado de quiebras*, Madrid, 1856.
- GOZALO LÓPEZ, V.: *La quiebra por extensión*, Madrid, 2001.
- GUILARTE GUTIÉRREZ, V.: «La liquidación de la sociedad de gananciales del concursado», *ADCo*, núm. 5, 2005, pp. 61 ss.
- «La sociedad de gananciales: desde la comunidad germánica al caos liquidatorio», en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2004, pp. 4683 ss.
- «Comentario al artículo 84.1 LC», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Valladolid, 2004, pp. 1657 ss.
- «Comentario al artículo 77 LC», en SÁNCHEZ-CALERO, J./GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. II, Valladolid, 2004, pp. 1547 ss.
- HANSMANN, H./KRAAKMAN, R.: «What is Corporate Law?», en AA.VV., *The Anatomy of Corporate Law. A Comparative and Functional Approach*, Oxford-Nueva York, 2004, pp. 1 ss.
- «The Essential Role of Organizational Law», *Yale L. J.*, vol. 110, 2000-2001, pp. 387 ss.
- HERRERO GARCÍA, M. J.: «Comentario al artículo 1319 CC», en DÍEZ-PICAZO, L. / BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 583 ss.
- HIRTE, H.: «Comentario § 11 InsO», en UHLENBRUCK, W. (ed.), *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a edición, Munich, 2004.
- ILLESCAS, R.: «El ejercicio del comercio por persona casada tras la Ley de 2 de mayo de 1975», en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje a R. Uría*, Madrid, 1978, pp. 284 ss.
- JACKSON, T. H.: *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*, Cambridge, 1986.
- JAYME, E.: *Narrativen Normen im Internationalen Privat- und Verfahrensrecht*, Tubinga, 1993.
- KIRCHHOF, H. P.: «Comentario § 11 InsO», *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, 2.^a edición, Heidelberg, 2001.
- LACRUZ BERDEJO, L./SANCHO REBULLIDA, F. A.: *Elementos de Derecho civil*, t. V (Derecho de sucesiones), Barcelona, 1988.
- *Elementos de Derecho civil*, t. IV, *Derecho de familia*, fasc. 2.^o (edición experimental), Barcelona, 1982.

- LÓPEZ JACOISTE, J. J.: «Comentario al artículo 1023 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios al Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 2405 ss.
- «Comentario al artículo 1034 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios al Código civil*, t. I, Madrid, 1993, pp. 2429 ss.
- LÜER, H. J.: en UHLENBRUCK, W. *Insolvenzordnung Kommentar*, 12.^a edición, Múnich, 2003.
- MAFFEI ALBERTI, A.: «Comentario al artículo 149 Legg.Fall.», en *Commentario breve alla Legge Fallimentare*, 4.^a edición, Padua, 2000, pp. 648 ss.
- MAGARIÑOS BLANCO, V., «El concurso y la sociedad de gananciales», *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, t. II, Madrid-Barcelona, 2005, pp. 2053 ss.
- MAGRO SERVET, V.: «La responsabilidad concursal de los bienes propios y comunes del deudor y la influencia del régimen económico matrimonial en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal», *Diario La Ley*, núm. 6213, de 18 de marzo de 2005, pp. 1 ss.
- MERCADAL, F.: «Comentario al artículo 77 LC», *Nueva Ley concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, 2.^a edición, Barcelona, 2004, pp. 399 ss.
- «Comentario al artículo 84 LC», en *La nueva Ley concursal. Ley 22/2003, de 9 de julio*, 2.^a edición, Barcelona, 2004, pp. 420 ss.
- MIQUEL, J. M.: voz «comunidad de bienes», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. I, Madrid, 1995, pp. 1314 ss.
- «Comentario al artículo 392 CC», en ALBALADEJO, M. (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. V, vol. 2.^o (arts. 392-429 CC y LPH), Madrid, 1985, pp. 4 ss.
- MORILLAS, M. J.: «Comentario a la disp. adic.1.^a LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. II, Madrid, 2004, pp. 3028 ss.
- MUCIUS SCAEVOLE, Q.: *Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos*, t. XXII (arts. 1392 a 1444), 2.^a edición, Madrid, 1967.
- NANCLARES VALLE, J.: «Comentario al artículo 77 LC», en CORDÓN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004.
- ORDUÑA, F. J./PLAZA, J.: «Comentario al artículo 77 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 1406 ss.
- OTT, C.: «Comentario al § 11 InsO», en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I, Munich, 2001.
- PANTALEÓN, F.: «Asociación y sociedad», *ADC*, 1993, XLVI, pp. 5 ss.
- PAZ-ARES, C.: «La sociedad en general: caracterización del contrato de sociedad», en URÍA R./MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2.^a edición, Madrid, 2006, pp. 469 ss.
- «La sociedad colectiva: representación y responsabilidad», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2.^a edición, Madrid, 2006, pp. 659 ss.
- «La sociedad colectiva: disolución y liquidación», en URÍA, R./MENÉNDEZ, A. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2.^a edición, Madrid, 2006, pp. 715 ss.
- *La responsabilidad del socio colectivo*, Madrid, 1993.
- «Comentario del artículo 1665 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1219 ss.

- «Comentario del artículo 1669 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1352 ss.,
 - «Comentario al artículo 1671 CC», en DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1385 ss.
 - «Comentario al artículo 1672 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1386 ss. »»
 - «Comentario a los artículos 1673 y 1674 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1387 ss.
 - «Comentario al artículo 1675 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.). *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1390 ss.
 - «Comentario al artículo 1698 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1481 ss.
 - «Comentario al artículo 1699 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1485 ss.
 - «Comentario al artículo 1700 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 1489 ss.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: «Comentario al artículo 1344 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (coords.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 632 ss.
- «Comentario al artículo 1358 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 676 ss.
 - «Comentario al artículo 1364 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 686 ss.
 - «Comentario al artículo 1365 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 687 ss.
 - «Comentario al artículo 1373 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 705 ss.
 - «Comentario al artículo 1397 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 780 ss.
 - «Comentario al artículo 1399 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentarios del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, pp. 781 ss.
 - «Comentario a los artículos 1401 y 1402 CC», DÍEZ-PICAZO, L./BERCOVITZ, R./PAZ-ARES, C./SALVADOR CODERCH, P. (dirs.), *Comentario del Código civil*, t. II, Madrid, 1993, Pp. 786 ss.
- PERDICES HUETOS, A. B.: *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, Madrid, 2005.

- PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, J.: «Comentario al artículo 1.2 LC», en PULGAR EZQUERRA, J./ALONSO LEDESMA, C./ALONSO UREBA, A./ALCOVER GARAU, G. (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 75 ss.
- RAMÍREZ, J. A.: *La quiebra*, t. II, 2.^a edición, Barcelona, 1998.
- ROCA, E.: «El concurso del deudor persona física», *RJC*, núm. 4, 2004, pp. 1077 ss.
- ROJO, A.: en Uría, R./Menéndez, A. (dirs.), «El empresario (II). Empresario individual y empresario persona jurídica», en. MENÉNEZ/URÍA, R. (dirs.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, 2.^a edición, Madrid, 2006, pp. 93 ss.
- «Comentario al artículo 1 LC», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 141 ss.
- ROJO, A./ORDUÑA, F. J. «Comentarios al artículo 1 LC. La capacidad concursal de la herencia», en ROJO, A./BELTRÁN, E. (dirs.), *Comentario de la Ley Concursal*, t. I, Madrid, 2004, pp. 155 ss.
- SCHALLENBERG, R./RAFIQPOWOR, P.: en WIMMER, K. (ed.), «Comentario al § 333 InsO», *Frankfurter Kommentar zur Insolvenzordnung*, 3.^a edición, Neuwied, 2002.
- SÁEZ LACAVE, M. I.: «Organizaciones y concurso», *Rcp*, núm. 2, 2005, pp. 179 ss.
- SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil y el Código civil é historia general de la legislación española*, t. V, vol. 1.^o (Derecho de familia), 2.^a edición, Madrid, 1898.
- ASTRE PAPIOL, S.: «Comentario al artículo 84 LC», en SAGRERA TIZÓN, J. M./SALA REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A. (dirs.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, Barcelona, 2004, pp. 1033 ss.
- SCHÄFER, C.: «Comentario al § 13», en CANARIS, C. W./SCHILLIG, W./ULMER, P. (eds.), *Staub Handelsgesetzbuch Grosskommentar*, t. II, 4.^a edición, 2004.
- STODOLKOWITZ, H. D.: «Comentario al § 84 InsO», en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I, Munich, 2001.
- SCHUMANN, E.: «Comentario al § 37 InsO», en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. I, Munich, 2001.
- «Comentario a los §§ 333 y 334 InsO», en KIRCHHOF, H. P./LWOWSKI, H. J./STÜRNER, R. (eds.), *Münchener Kommentar zur Insolvenzordnung*, t. III, Múnich, 2001.
- TORRALBA, V.: «Comentario al artículo 1373 CC», en AA.VV., *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, Madrid, 1984, pp. 1734 ss.
- VALPUESTA GASTAMINZA, E.: «Comentario al artículo 84 LC», en CORDÓN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004, pp. 650 ss.
- «Comentario al artículo 86 LC», en CORDÓN, F. (dir.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Pamplona, 2004, pp. 676 ss.
- «Aspectos concursales en la sociedad irregular», en IGLESIAS PRADA, J. L. (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, t. III, Madrid, 1995, pp. 3643 ss.
- VÁZQUEZ ALBERT, D.: «Comentario al artículo 77 LC», en SAGRERA, J. M./SALA REIXACHS, A./FERRER BARRIENDOS, A. (coords.), *Comentarios a la Ley Concursal*, t. II, Barcelona, 2004, pp. 979 ss.
- VILA RIBAS, C.: voz «gananciales», *Enciclopedia Jurídica Básica*, t. II, Madrid, 1995, pp. 3226 ss.

- VIRGÓS, M.: *El trust y el derecho español*, Madrid, 2006.
- WEBER-GRELLET, H.: «Die Gesamthand –ein Mysterienspiel?», *AcP*, núm. 182, 1982, pp. 316 ss.
- YÁÑEZ RIVERO, F.: «Repercusiones de la reforma concursal (Proyecto de julio de 2002) en el régimen económico-matrimonial del concursado», *Aranzadi Civil*, núm. 20, 2002, pp. 1-12.

El «interés concursal»

Ensayo de construcción de una teoría sobre la finalidad del procedimiento concursal

IGNACIO TIRADO MARTÍ¹
Profesor Titular de Derecho Mercantil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El Derecho concursal es una rama del Ordenamiento jurídico de naturaleza compleja, predominantemente privada aunque con matices de Derecho público, cuya existencia resulta materialmente irrelevante si se considera aisladamente. En este sentido, se trata de un Derecho esencialmente funcional, que sólo existe para cumplir la finalidad de solucionar los conflictos que surgen por la colisión de todas las restantes ramas del Ordenamiento jurídico que surge en caso de insolvencia del deudor. El fin propio del Derecho concursal se concreta en el concepto jurídico indeterminado tipificado en la Ley como «interés concursal». La finalidad del sistema de solución de la crisis económica de una persona consiste en realizar, en la práctica, la máxima satisfacción de los intereses subjetivos involucrados según establece ese concepto jurídico indeterminado. En este trabajo se trata de intentar arrojar luz sobre el contenido del concepto (qué es, qué intereses subjetivos comprende, en qué orden) y su alcance interpretativo (como criterio de interpretación de normas concursales «oscuras») y funcional (en qué medida y de qué modo vincula y condiciona la actividad de los protagonistas del procedimiento).

¹ Para Aníbal Sánchez Andrés. Desde la pena imborrable que me produce su ausencia, con el temor por el futuro de una Universidad sin su presencia, en agradecimiento profundo por cada minuto de los diez años compartidos.

PALABRAS CLAVE

Insolvencia, interés del concurso, órganos del concurso, acreedores, deudor concursado, terceros, interpretación jurídica.

ABSTRACT

Insolvency Law is a part of the Legal System that is specially complex and polyhedral. It is predominantly of private nature, but has got a public economic side that cannot be ignored. This branch of the Law does not make any sense on its own: it features a strong functional nature, and it only exists in order to solve the conflicts arisen when an individual becomes insolvent and defaults generally in the market. Insolvency Law provides a solution to the collision of the different branches of the Law, each of which try to protect their own interest, ignoring the rest, something that may only happen when the counterparty is insolvent. The main aim of the Spanish insolvency procedure is embodied in a complex concept legally labelled as «insolvency interest». The entire system will pursue the fullest realization possible of the subjective interests included –by strict order– in the said concept. This paper tries to cast some light on the concept (what the «insolvency interest» is, who is involved in it, how those involved rank), to establish its reach when it comes to interpreting the unclear or contradictory sections of the Law and aims at defining how and to what extent the parties in the procedure are bound by the said objective.

KEY WORDS:

Insolvency, insolvency interest, organs of the insolvency procedure, creditors, insolvent debtor, stakeholders, legal interpretation.

SUMARIO: I. *Consideraciones generales:* 1.1 Los problemas que crea la insolvencia del deudor. 1.2 La naturaleza conflictual de los problemas. 1.3 Tipificación vs abstracción de la finalidad del procedimiento concursal. II. *La relevancia jurídica de la definición del interés concursal:* 2.1 Presupuesto metodológico: el funcionalismo y la naturaleza del concurso 2.2 La relevancia interpretativa: 2.2.1 La «función reactiva» y su relevancia interpretativa. 2.2.2 Los instrumentos de la «función reactiva». 2.2.3 Los límites interpretativos (remisión). 2.3 La relevancia funcional: 2.3.1 El «interés del concurso» y el comportamiento de los «órganos funcionales». 2.3.2 El «interés del concurso» y los participantes no funcionales. III. *La delimitación del concepto «interés del concurso».* 3.1 Consideraciones introductorias. 3.2 La diferencia entre el objetivo funcional y los objetivos abstractos. 3.3 La construcción del concepto: 3.3.1 La definición de la finalidad del concurso: la experiencia del Derecho comparado. 3.3.2 Precisión previa: el «interés del concurso» como concepto subjetivo: 3.3.2.1 La naturaleza

subjetiva del concepto. 3.3.2.2 El «interés del concurso» y las distintas fases del procedimiento. 3.3.3 Los acreedores y su consideración en el «interés concursal»: 3.3.3.1 La satisfacción de los acreedores como finalidad genérica. 3.3.3.2 La necesidad de concreción: los conflictos entre acreedores (remisión). 3.3.4 El «interés concursal» y el tratamiento de intereses distintos al interés de los acreedores: 3.3.4.1 Otros intereses subjetivos protegidos. 3.3.4.2 La protección del interés público. 3.3.5 La realización del «interés concursal»: la jerarquización entre los intereses incluidos en el concepto: 3.3.5.1 La administración de la masa, el riesgo y los conflictos entre «grupos» de interesados. 3.3.5.2 Los criterios para la solución de conflictos: distinción preliminar. 3.3.5.3 La «jerarquía piramidal» para solucionar los conflictos intersubjetivos. 3.3.5.4 El conflicto entre los intereses subjetivos y el interés público.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

1.1 Los problemas que crea la insolvencia del deudor

La insolvencia es una realidad de naturaleza económica con gran trascendencia jurídica. Cuando una persona (física o jurídica) no puede atender sus obligaciones a medida que vencen se genera una situación que causa problemas que trascienden al deudor y se extienden a sus acreedores y a terceros (los acreedores de sus acreedores, los trabajadores, y muchos otros posibles interesados –*stakeholders*–). En el marco de la realidad jurídico-económica externa (paradigmáticamente en el mercado, aunque no solo), los particulares tienen, en última instancia, el patrimonio del deudor para obtener la satisfacción de lo debido (sea como resultado de relaciones contractuales, legales o, en fin, incidentales –responsabilidad extracontractual–). Cuando el patrimonio es –o va a ser pronto e inevitablemente– insuficiente para satisfacer todas las pretensiones, surge un conflicto de interés entre –como mínimo– todas las personas que han tenido alguna relación jurídico-patrimonial con el insolvente.

La insolvencia es una realidad que podría definirse de «excepcionalidad institucionalizada» o, si se prefiere, de «patología necesaria». La imposibilidad de cumplir de modo generalizado aquello a lo que un particular se ha comprometido es algo excepcional y patológico: es excepcional porque, en situaciones de normalidad macroeconómica, ocurre en una minoría de los casos (es el último eslabón de las relaciones patrimoniales, al menos

para las personas jurídicas); es patológico porque presupone el mal funcionamiento de algún sujeto y porque pone de manifiesto una disfunción en el sistema que hace insuficientes los mecanismos de tutela de intereses subjetivos diseñados por las distintas ramas del Derecho². Pero se trata de una patología excepcional que se produce de modo necesario como válvula de escape del sistema de mercado (por definición, imperfecto). En un mercado competitivo, algunos combinan peor los factores de producción que otros y, por lo tanto, ha de existir un sistema que, bien expulse ordenadamente a estas personas, con lo que se reasignarían los recursos de forma eficiente, bien les ofrezca solución a través de una reorganización que maximice el valor del activo. Además, la realidad práctica revela que la insolvencia no es siempre un simple problema de mala utilización de los recursos (es decir, usando un lenguaje más común, la insolvencia no siempre ocurre por equivocaciones del insolvente, por su incapacidad o por su mala suerte); en muchas ocasiones, antes o después de la aparición de la crisis se producen comportamientos antijurídicos que merecen el reproche legal.

Conflictos entre intereses subjetivos, mala asignación de recursos y comportamientos reprobables. Esos son, en esencia, los problemas que surgen en la insolvencia del deudor en el tráfico.

1.2 La naturaleza conflictual de los problemas

Los problemas mencionados afectan normalmente a una colectividad y no están aislados entre sí. Más bien al contrario, se trata de problemas que se superponen y entran directamente en *conflicto*: desde el punto de vista subjetivo, satisfacer a unos sujetos implica perjudicar otros (cuanto más se pague a una clase de acreedores, menos quedará para la otra); en otras ocasiones, la reorganización de los factores de producción puede beneficiar igualmente a algunos interesados en perjuicio de otros (si se mantiene la estructura empresarial en marcha para evitar la pérdida de puestos de trabajo se puede estar beneficiando a los trabajadores a costa de los acre-

² La insolvencia es una situación que en la gran mayoría de los casos presupone –al menos en el plano teórico– un fallo de mercado y un fallo del sistema jurídico. En un mercado perfecto, en el que existe suficiente información, las expectativas se amoldan racionalmente a la realidad y, por tanto, nunca se habría concedido un exceso de crédito a un sujeto en dificultades. El problema se habría detectado a tiempo y nunca se hubiese llegado a un impago generalizado. Desde el punto de vista jurídico, la entrada en concurso de una sociedad –protagonistas principales del mercado– implica que han fallado los mecanismos societarios pre-concursales: el control del mercado a través de la publicidad de la contabilidad, el deber de reducción de capital, el deber de disolución, etc.

dores en general o del deudor o de sus accionistas); y, en fin, la sanción de determinados comportamientos podría cerrar la puerta a salidas patrimonialmente más ventajosas (se primaría el «orden público» sobre los intereses privados de los afectados por la insolvencia, por ejemplo, si se inhabilita a un administrador cuya permanencia en la empresa «reestructurada» podría incrementar el valor objetivo de ese activo, debido al alto nivel subjetivo del fondo de comercio de la empresa). Por todo ello, es necesario «jerarquizar». Un Derecho cuya única finalidad es solucionar los conflictos de intereses debe, necesariamente, hacer eso: solucionarlos, lo cual implica tomar partido³.

1.3 Tipificación vs abstracción de la finalidad del procedimiento concursal

1. La solución a los conflictos y el establecimiento de una jerarquía clara sólo puede de realizarse a través del Ordenamiento jurídico, creando un Derecho de la insolvencia que tenga carácter *imperativo*.

A) Tal y como nos han enseñado los analistas económicos del Derecho, en caso de insolvencia de un deudor en el mercado genera problemas de destrucción de valor y crea un problema de «acción colectiva»⁴. Ambas situaciones sólo pueden paliarse con la creación de un Derecho imperativo. La existencia de un concurso *imperativo* para los acreedores facilita la maximización del valor del patrimonio del deudor y, por lo tanto, permite reducir el daño que finalmente sufrirán los acreedores. Los remedios generales de tutela del crédito consiguen la satisfacción de los acreedores a través de la realización individualizada de los distintos elementos del activo del deudor. Sin embargo, en muchas ocasiones –en la mayoría cuando existe una empresa– el valor del activo en su conjunto es muy superior al valor de la estricta suma de los elementos que lo

³ Que la labor del Derecho concursal es la solución de concursos ha sido expresada con gran rotundidad por la doctrina alemana. Así, en referencia a los deberes del administrador concursal alemán (*Insolvenzverwalter*) señalan FRITZ BAUR y ROLF STÜRNER: «[L]a característica principal de la actividad del órgano de administración es la constante colisión de intereses», v. BAUR-STÜRNER, *Insolvenzrecht*, 3.^a ed., Heidelberg (C. F. MÜLLER) 1991, pp. 130-131. La visión del Derecho concursal como una normativa que debe «tomar partido» entre los perjudicados por la insolvencia ha sido defendida por algunos autores de gran relevancia: en Estados Unidos, v., por todos, WARREN, E., *Business Bankruptcy*, Washington D.C. (Federal Judicial Center) 1993, *passim*; en el Reino Unido, abandera esta posición Goode, R. M., *Principles of Corporate Insolvency Law*, London (Thomson) 2006, 3.^a ed., pp.40 ss.; para este planteamiento en Derecho español, v. GARRIDO GARCÍA, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio. Un ensayo de análisis funcional*, Madrid (CER) 1999.

⁴ V., por todos, el pionero trabajo de JACKSON, T., *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Cambridge (Harvard University Press) 1986, *passim*, del que se extrae esta resumida exposición del modelo económico.

componen. Una empresa en funcionamiento «captura» elementos de gran valor que se perderían en caso de paralización de la actividad y venta disgregada de los componentes. La existencia de un procedimiento concursal imperativo evita que el activo se trocee y pierda valor. Sin el carácter necesario del procedimiento no podría conseguirse una finalidad eficiente porque cada acreedor se comportaría –y así es razonable que ocurra– de modo «egoísta», es decir, preocupándose por su interés y por el de ningún otro.

B) Esta situación ha sido explicada de manera gráfica por la doctrina estadounidense acudiendo a la «teoría de juegos». La situación que existe entre el patrimonio de un deudor insolvente y sus acreedores es similar a la descrita en el juego del «caladero común». En este juego (que ha sido explicado con varios ejemplos distintos), hay un lago y un grupo de pescadores; si todos los pescadores capturan todos los peces que puedan el año 1 se esquilmará el caladero y, el año 2, nadie podrá pescar. Sin embargo, si los pescadores limitan sus capturas, los peces se reproducirán y, el año siguiente podrán volver a pescar, y así año tras año hasta que el caladero se agote definitivamente. La primera actitud (cada pescador pesca cuanto puede) proporcionaría a cada uno una cantidad mucho menor que si hubiese limitado sus capturas. Los acreedores, informados de esta situación, podrían ponerse de acuerdo para no capturar más que lo debido. Sin embargo, se trata de un acuerdo muy difícil de alcanzar (como diría la jerga económica, tiene muy altos «costes de transacción»), pues los pescadores no se conocen entre sí, saben que compiten entre ellos (cuanto más pesque uno, menos pescan los demás) y nadie les asegura que el otro va a respetar ese pacto; de hecho, el comportamiento racional de cada pescador sería pescar todo lo posible, pues su situación es equiparable a la de los prisioneros en otro conocido ejemplo de la teoría de juegos: el «dilema del prisionero». Este segundo juego explica que el comportamiento natural de los pescadores del caladero común será actuar en su propio interés (*free riders*)⁵.

C) Sólo una norma legal imperativa podría obligarles a limitar las capturas y, de ese modo, obtener la solución más beneficiosa para la colectividad. Ahora imaginemos que esa Ley es el Derecho de la insolvencia, cambiemos el lago por el patrimonio del concursado (masa activa), a los pescadores por acreedores y la limitación de las capturas por la paralización de acciones ejecutivas contra el patrimonio concursal. Con un concurso legalmente imperativo para todos los acreedores se consigue maximizar el activo y, con ello, se

⁵ El «dilema del prisionero» es un juego con dos participantes en el que sólo existe una posible solución. Dos delincuentes, que han cometido ambos dos delitos de muy distinta gravedad, son encerrados y aislados. Como no existen pruebas suficientes para condenarles sin un testimonio que incrimine al otro se les ofrecen reducciones de pena si colaboran. El juego asume que a cada delincuente le es indiferente el destino del otro (como ocurrirá en muchas ocasiones entre los acreedores, que en la mayoría de los casos ni se conocen) y que no pueden ponerse de acuerdo (pues si ambos guardan silencio sólo se les condenaría por el delito menor). Este modelo demuestra que la única estrategia racional de cada prisionero (de cada acreedor) es acusar al otro para, de ese modo, maximizar su propio interés. Sobre ambos juegos, v. BAIRD/GERTNER/PICKER, *Game theory and the law*, Cambridge (Harvard University Press) 1994, pp. 31 ss.

consigue que los acreedores acaben «capturando» el mayor valor del patrimonio insolvente.

2. El Derecho concursal es, pues, un instrumento jurídico imperativo que persigue únicamente la obtención de un fin: la solución de la crisis económica. Es un campo jurídico *estrictamente instrumental*. Mientras el Derecho civil, el laboral o el tributario responden a una serie de concepciones concretas y pretenden tutelar unos intereses determinados (fomento o protección del tráfico, protección del trabajador, incremento de la fiscal, etc.), el Derecho concursal, que opera en caso de insolvencia patrimonial, parte de la imposibilidad de una completa tutela de los intereses que persigue cada una de las demás ramas del Derecho, y se fija como objetivo precisamente la reducción del daño que sufren todos aquellos que recibían la protección en el Derecho civil, en el laboral o en el tributario. Estamos ante una rama jurídica cuya propia existencia se explica sólo para conseguir una finalidad consistente en «arreglar» el problema existente por unos intereses en conflicto, cada cual protegido por su propio Derecho.

Se trata de una rama jurídica con poca independencia, con escaso sentido en sí misma, en soledad. Es cierto que, si no se renuncia a ver el Derecho como una unidad, lo mismo ocurre con todas las disciplinas jurídicas; pero la soledad le sienta especialmente mal al Derecho de la crisis económica. El Derecho concursal no hace sino distribuir «intereses» regulados y tutelados por otras ramas jurídicas, cuyo tratamiento resulta, tras la crisis, inadecuado en ellas. La regulación de la crisis empresarial intenta dar solución a la falta de idoneidad de los restantes conjuntos normativos que forman cada uno en sí un sistema pensado para las situaciones de normalidad, no, precisamente, para los fallos de sus instituciones. La crisis económica pone en contacto los intereses de todos ellos, de manera que cada regulación parcial colisiona con las demás⁶.

3. La creación de un Derecho imperativo e instrumental que persiga una finalidad concreta –y nada más– exige la predeterminación de dicha finalidad⁷. Esto se puede hacer de distintos modos.

⁶ Estas afirmaciones siguen siendo válidas aunque se defienda, como hacen los partidarios del análisis económico del Derecho, que la única actuación del sistema concursal en materia de resolución de conflictos consiste en respetar lo que las partes habían pactado fuera del concurso (v. JACKSON, T., *The logic and limits of Bankruptcy Law*, pp.7 ss.). En realidad, esta visión del Ordenamiento concursal va más allá y afirma que debe respetarse no sólo lo que se había pactado, sino también lo que las partes «habrían pactado» –*creditors' bargain*–, lo cual ya es mucho más discutible. De todos modos, la «filosofía» del Derecho concursal, en términos abstractos, no es el objeto de este trabajo, como se justifica más adelante (v. *infra*.§ III).

⁷ No basta con afirmar que se busca la solución de la «crisis económica». Ese es un objetivo demasiado general, especialmente en un caso como éste, en el que todos los interesados están en constante conflicto interno. Es necesario concretar, descender al detalle.

En algunos Ordenamientos concursales de Derecho extranjero se ha optado por realizar una definición específica, detallada y jerarquizada de la finalidad del procedimiento. Ese ha sido el caso en Derecho alemán y, más recientemente, en la importante modificación acontecida en el Derecho inglés con la aprobación de la *Enterprise Act 2002*. En el extremo opuesto, otros países, como Italia, han obviado toda definición de objetivos y toda referencia a una finalidad concreta, si bien las «preferencias» subjetivas del texto legal pueden desgranarse directamente del análisis de puntos concretos del articulado. Una tercera posibilidad, a medio camino entre las dos anteriores, ha sido la escogida por el Derecho concursal español. En la Ley 22/2003, concursal, se ha optado por evitar una definición⁸, incluyéndose, en su lugar, un concepto jurídico indeterminado denominado «interés del concurso»⁹. Es decir, se reconoce implícitamente la existencia de una finalidad, pero no se define expresamente. En este trabajo consideramos que la finalidad puede inferirse de los datos que ofrece el texto legislativo y la exposición de motivos.

En realidad, no resulta claro qué método es más correcto. Ciertamente, la definición, precisa, jerarquizada, de los complejos fines del procedimiento concursal tiene un claro efecto de incremento de la seguridad jurídica y constituye un poderoso instrumento interpretativo. Ahora bien, no deja de ser *cierto* que esta solución puede traer consigo rigideces.

A) Un primer problema podría radicar en el propio contenido de la norma que define los intereses subjetivos y públicos en que se concreta la finalidad del Derecho concursal. Ha de tratarse de un precepto de gran claridad. Una redacción ambigua o, directamente, oscura, podría volverse en contra de la propia

⁸ El silencio es una opción que puede interpretarse como un reconocimiento mudo de la complejidad de problemas abordados en el procedimiento de insolvencia o, por el contrario, como una muestra de la falta de reflexión del hacedor legal sobre el objetivo perseguido: es obvio qué se pretende y, por tanto, no hace falta señalarlo expresamente. Fuese cual fuese el motivo, es indudable que la falta de predeterminación dota de un cierto grado de flexibilidad al concurso.

⁹ Se habla de «interés del concurso» en la Exposición de Motivos (IV) y en los artículos 42, 61, 62, 165 y 215 ; o en plural, de «intereses del concurso» o «intereses del procedimiento» en los puntos III y VII de la Exposición de Motivos y en los artículos 43, 54, 148 o 149. Algun autor que se ha ocupado de la cuestión identifica y separa las expresiones reseñadas, por una parte, y la expresión «intereses concurrentes», por otra; estaríamos, según esta opinión, ante expresiones que encerrarían significados distintos (así, v. GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los intereses concurrentes y del interés del concurso en la nueva Ley Concursal», en *RDBB* núm. 683, 2004, pp. 1351 ss., también publicado en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2004, t. I, pp. 294 y sgs.). Sin embargo, no compartimos esta opinión. No encontramos en la Ley ninguna razón para entender que esas expresiones encierran conceptos distintos. Se trata, a nuestro modo de ver, de sinónimos, todos referidos al complejo –y conflictivo– fin que persigue el Derecho concursal.

finalidad del precepto, con un poder distorsionador enorme¹⁰. En segundo lugar, la «tipificación» específica, con «nombres y apellidos», de la finalidad del concurso, puede llevar a excesos interpretativos¹¹. Por último, este método trae consigo todos los problemas de la fijación de valores, que puede cambiar en el tiempo. Si esto ocurre, no hay adaptación interpretativa posible: es necesaria una nueva reforma legislativa¹².

B) La alternativa (consistente en no definir la finalidad del procedimiento) priva al sistema concursal de las virtudes del otro modelo. La incertidumbre sobre quién debe ser protegido con prioridad dificulta la solución de los conflictos de intereses, tan presentes en todo concurso, a la vez que priva al juez y a las partes de un elemento interpretativo de gran valor. La pérdida de seguridad jurídica en este sector puede tener consecuencias importantes. Si el concurso aspira a ser el instrumento de solución de la crisis empresarial, los participantes en el mercado han de poder conocer bien su propia posición en caso de apertura de un procedimiento de insolencia, pues solo de ese modo pueden calcular *ex ante* los riesgos

¹⁰ Como se señalará más adelante, la reforma inglesa es un auténtico paradigma de redacción enrevesada e intrincada. Sólo el pragmatismo que preside su sistema jurídico, la atenta consideración de los casos y el alto nivel de sus jueces y, en fin, el importante esfuerzo de la doctrina han conseguido dar una explicación coherente al precepto definidor de los objetivos del procedimiento de *Administration* (al respecto, v., por todos, MOKAL, R. «*Administrative Receivership and Administration –An Analysis*», en *Current Legal Problems*, 2004, pp. 355 ss.; y ARMOUR, J./MOKAL, R., *Reforming the Governance of Corporate Rescue: The Enterprise Act 2002*», en *Lloyds Maritime and Commercial Law Quarterly*, 2005, pp. 28 ss.).

¹¹ Un buen ejemplo es el ocurrido entre la doctrina alemana que comentaba la derogada *Konkursordnung*. Así, un autor del prestigio de Friedrich WEBER elaboró una teoría de la nulidad absoluta de las actuaciones de la administración concursal contrarias al fin tipificado del concurso, basándose, precisamente, en que la inclusión de los objetivos en un precepto concreto convertía el acto que lo contradijese en nulo por vulnerar una norma imperativa (v. WEBER, F., en JAEGER, E., *Konkursordnung Kommentar*, Berlin (WdG) 6-7.^a ed., §§ 133-134, Anm. 50.3 y §§ 207-208, Anm. 58). En realidad, el profesor de Heidelberg matizó la aplicación estricta de la nulidad, señalando que no todo acto que finalmente resultase dañino para los intereses del concurso era «contrario» al «fin» y, por tanto, nulo. El autor distingüía entre facultades de disposición (*Verfügungsbefugnis*) y obligaciones (*Pflichtbindung*), es decir, entre «poder» (*Können*) y «deber» (*Dürfen*). Aunque el administrador concursal pueda llevar a cabo un acto de disposición de manera válida, bajo determinadas circunstancias no debe si quiere actuar sin contravenir una obligación. Para el autor, en fin, aparte de las actuaciones «contrarias» a la finalidad existen otras que simplemente infringen una obligación y sus efectos no alcanzan más allá de la esfera interna del procedimiento (responsabilidad).

¹² Esta puede ser, en realidad, una objeción más aparente que real. Es cierto que el papel del Derecho concursal dependerá mucho del sistema económico imperante. Piénsese, por ejemplo, en los vientos intervencionistas que soplaban cuando se elaboró el Anteproyecto de Ley Concursal de 1983, algunas de cuyas soluciones serían inaceptables para la mayoría hoy en día (sobre la racionalidad y el alcance de este texto prelegislativo, v. GONDRÁ, J. M., «Reflexiones en torno a la funcionalidad del sistema concursal proyectado», en AA.VV., *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal*, Madrid, Rev. Fac. Der. Univ. Compl., 1985, pp. 145 ss.). Sin embargo, no es menos cierto que, en la historia del Derecho concursal, han existido siempre una serie de constantes inmutables que, en todo momento, han formado parte de los objetivos del procedimiento concursal de la época. Paradógicamente, nos referimos, claro está, a los acreedores del deudor común (v. ROJO, A., «Notas para la reforma de la legislación concursal», *RDM* núm. 138, 1975, pp. 509 ss.).

de su inversión y adoptar medidas racionales al respecto. En este mismo sentido, la fijación de los beneficiados por el procedimiento tenderá a reducir la litigiosidad, algo ciertamente conveniente en un proceso de por sí largo y complejo.

C) Probablemente, no haya un método mejor que otro. La seguridad jurídica es un objetivo que debe perseguir toda legislación concursal, pero cómo lo consiga tiene menor importancia. Sería más peligrosa una definición oscura o confusa de la finalidad del concurso que la ausencia de pronunciamiento. Lo relevante es que la jerarquía de valoraciones, la «función» que debe cumplir todo concurso resulte evidente a todos los actores en el mercado, desde una perspectiva retrospectiva, y que sea clara para las partes y el entramado institucional, una vez en marcha el procedimiento. Esto puede conseguirse tanto con una definición, como a través de la enunciación de una serie de principios en la Exposición de Motivos o derivarse claramente del articulado legal ¹³.

II. LA RELEVANCIA JURÍDICA DE LA DEFINICIÓN DEL INTERÉS CONCURSAL

Si el Derecho concursal es una rama del Derecho privado creada únicamente para perseguir una finalidad consistente en solucionar los conflictos de las restantes ramas jurídicas (privadas o públicas), esa finalidad debe impregnar la interpretación de sus preceptos y guiar la actividad de los órganos del procedimiento. Esto exige, como presupuesto, la determinación de la metodología interpretativa que se debe seguir en el Derecho concursal; tras lo cual resulta imprescindible delimitar con un mínimo detalle cuáles son los márgenes interpretativos y especificar cómo afecta el fin al comportamiento de la administración concursal y del juez.

2.1 Presupuesto metodológico: el funcionalismo y la naturaleza del concurso

El instrumento metodológico más apropiado para acercarse al estudio de esta rama jurídica es aquel que centra la mirada en los

¹³ Los factores que influyen a la hora de valorar el mejor sistema en un Ordenamiento jurídico dependerán de las fortalezas y debilidades del Ordenamiento concreto. Se trata de optimizar una ecuación que tiene como variables principales (y opuestas) el buen hacer del legislador, por un lado, y el nivel técnico de aquellos que han de aplicar el Derecho, por el otro: ante una judicatura poco preparada, mejor una buena definición; cuando los jueces tienen un buen nivel técnico y están especializados, el riesgo de que haya una excesiva rigidez y errores del legislador aconsejen, probablemente, la no tipificación del fin del concurso.

argumentos teleológicos, en las finalidades que se persiguen con el objeto analizado¹⁴. La creación legislativa responde a un fin y, más ampliamente, este fin representa una valoración previa por parte del legislador de los intereses que pretende proteger. En la economía, los intereses se encuentran en estrecha interconexión y, por tanto, la protección de unos suele comportar la preferencia sobre otros. Al decidirse a favor de uno u otro de los intereses en conflicto, el autor de la norma está buscando la realización práctica de unos *valores*. Desentrañar estos extremos es el primer paso para el análisis de una institución. El segundo, sin embargo, debe quedar al lado de la *realidad*, esto es, de cómo se comportan en la práctica las instituciones creadas.

Todo conjunto normativo persigue una finalidad. La finalidad del Ordenamiento económico es el aumento del bienestar social a través del desarrollo de la economía. En el contexto actual, ese objetivo se realiza a través del mercado. Se crean una serie de instituciones jurídicas que facilitan las relaciones de intercambio (contratos, sociedades, etc.). Estas instituciones cumplen, en primer lugar, una *función promocional*¹⁵: a través de una regulación adecuada, las normas persiguen el objetivo del aumento del bienestar social poniendo a disposición de los particulares los instrumentos necesarios. Pero estas instituciones, al insertarse en la realidad, adquieren una vida independiente. Su uso por los particulares en persecución de un interés propio crea conflictos que surgen, directamente, de las propias instituciones¹⁶. Por eso, el legislador se ve obligado a prever una regulación que solucione ese choque de intereses, en función del objetivo buscado por la regulación originaria¹⁷. Esta segunda función de las normas se ha bautizado como *fun-*

¹⁴ En la actualidad, en buena medida, los conceptos jurídicos se explican a través de la «función» que tienen. V. LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 473, donde cita el concepto de negocio jurídico de FLUME como deudor de un enfoque funcional.

¹⁵ V. BOBBIO, «*Sulla funzione promozionale del Diritto*», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1969, pp. 1313 ss. (donde establece el concepto de «ley incentivo», p. 1326), CATA-NIA, *Argomenti per una teoria dell'ordinamento giuridico*, Napoli, Jovene, 1976, pp. 83 ss.

¹⁶ El análisis de las consecuencias económicas que surgen de las instituciones privadas constituye un enfoque funcional en su más puro sentido. V. JAHR, «*Funktionsanalyse von Rechtsfiguren als Grundlage einer Begegnung von Rechtswissenschaft und Wirtschaftswissenschaft*», en *Schriftung des Vereins für Socialpolitik*, núm. 33, 1964, pp. 14 ss., especialmente en p. 16.

¹⁷ Aunque esto no siempre se consigue. Si, por ejemplo, para el fomento de la economía se crea un Derecho societario, la regulación de los conflictos de intereses surgidos en su seno –accionistas minoritarios contra mayoritarios– debe tener en cuenta el objetivo inicial del legislador y realizar una elección del «interesado preferido» en función del efecto que tal elección vaya a tener en la promoción de la economía. Si se actúa de manera contraria, el resultado será el desuso de la institución y el fracaso, a largo plazo, del objetivo inicial. Con esto no se quiere negar la posibilidad de atender a intereses diversos; pero esto se debe realizar fuera del conjunto normativo en concreto. No debe confundirse lo

*ción reactiva*¹⁸. Es, precisamente, en esta función, donde se encuadra el Derecho concursal. Este conjunto normativo cumple básicamente la función reactiva general del sistema económico legal. Su papel es solucionar los conflictos de intereses que surgen de la patología del sistema económico.

Esta función de resolución de conflictos implica coherencia con el tipo de sistema económico que se tiene. Sin embargo, al ser el punto de encuentro de distintas disciplinas jurídicas, la coherencia no puede confundirse con rigidez. Es, precisamente, la propia consideración del Derecho concursal como «instrumento reactivo» del sistema económico de mercado lo que permite alterar el normal reparto de intereses existente en el ámbito económico. La función «reactiva» del Derecho mercantil es solucionar los conflictos creados por sus propias instituciones y lo mismo ocurre con el Derecho societario, según el ejemplo propuesto. Sin embargo, el Derecho concursal *es en sí la «reacción» del mercado. Su existencia se debe, por tanto, a la plasmación de los valores del legislador en lo concerniente a los intereses que entran en conflicto ante la patología del sistema económico.*

2.2 La relevancia interpretativa

2.2.1 LA «FUNCIÓN REACTIVA» Y SU RELEVANCIA INTERPRETATIVA

El «interés del concurso» es un concepto jurídico complejo en el que se engloban, ordenados, todos los intereses subjetivos implicados en la insolvencia del deudor en el tráfico. Como se ha señalado, la consecución del «interés concursal» es la finalidad de la Ley Concursal. La Ley Concursal es una normativa instrumental que cumple una función exclusivamente «reactiva». Pues bien, esta naturaleza confiere especial relevancia interpretativa a la finalidad perseguida.

Toda regulación persigue siempre un fin. Sin embargo, en algunas normas –en la mayoría– el legislador persigue objetivos de carácter «general» (*rectius*, «promocional»). Como ejemplos, la Ley de sociedades anónimas o la Ley del contrato de agencia persiguen ambas el más eficiente desarrollo de la actividad en el merca-

afirmado con un análisis exclusivamente economicista, pues éste se contentará con afirmar como única finalidad de las normas la reducción de costes y la más eficiente realización de los derechos subjetivos individuales. Aquí se defiende, simplemente, la coherencia del sistema jurídico. El legislador puede alterar los valores perseguidos por el sistema en cualquier momento.

¹⁸ Probablemente porque centra su análisis en la general teoría normativa, denominada este hecho *funzione repressiva* del Derecho CATANIA, *Argomenti*, pp. 91 ss.

do, poniendo instrumentos de actuación externa, una, y fomentando la colaboración y la distribución empresarial, la otra. En ambos casos, la finalidad es tan general que tiene una relevancia interpretativa limitada. Sin embargo, en el caso de Derechos esencialmente «reactivos», como el Derecho concursal (o el Derecho de los consumidores), la finalidad es necesariamente más concreta; la virtualidad teleológica de la normativa tiene «nombre y apellidos»: en nuestros ejemplos, la protección del consumidor o la solución de los conflictos ante la crisis empresarial. La naturaleza correctora de estas regulaciones exige la predeterminación de los intereses subjetivos que se quieren tutelar. Esto es aún más acusado en el supuesto del Derecho concursal, por dos motivos: por el carácter conflictual y por el carácter estrictamente instrumental de la normativa, ambos estrechamente ligados. La insolvencia crea un conflicto. El conflicto compele al legislador a crear una Ley que establezca los criterios para resolver el conflicto. El conflicto obliga a la Ley a concretar, pues el conflicto presupone la existencia de sujetos con intereses contrapuestos, y resolverlo implica distribuir entre ellos aquello que ambos pretenden. La solución del problema como *única* finalidad de la Ley conlleva la necesaria interpretación de cada precepto conforme a la finalidad.

2.2.2 LOS INSTRUMENTOS DE LA «FUNCIÓN REACTIVA»

La subordinación interpretativa a la función que presenta el Derecho concursal debe entenderse en un sentido sistemático. La lectura de la Ley Concursal no puede hacerse de modo aislado; es especialmente importante que la interpretación de cada precepto se conecte con otros, que, a su vez, responden a la finalidad de solucionar la crisis a través de la tutela del «interés concursal». La Ley Concursal está llena de instrumentos. Los instrumentos podrían dividirse en «instrumentos primarios» y en «objetivos intermedios».

1. Los «instrumentos primarios» serían las posibilidades de actuación en el marco del concurso. Por ejemplo, las posibilidades de continuar con la actividad empresarial (art. 44 LC), la supervisión de la actuación administrativa del deudor intervenido (art. 40.1 LC) o la realización de un expediente de regulación de empleo (art. 64 LC). En todos estos casos, los artículos que los regulan crean instrumentos para conseguir una maximización del valor de la masa activa –y, con ello, mediataamente, la mayor tutela del interés concursal-. Se continúa –en principio– con la actividad porque, de ese modo, se mantiene la empresa en sentido objetivo, que normalmen-

te valdrá más que los elementos aisladamente considerados; lo mismo ocurre con el régimen de administración del patrimonio: en la mayor parte de los casos –o así se pretende que sea– se deja en manos del deudor porque ello es más eficiente (los directivos conocen el negocio, tienen incentivos para solicitar el concurso con premura, etc.), y los administradores concursales sólo negarán autorizaciones cuando la actuación propuesta vaya en contra del «interés concursal». El mismo razonamiento es válido para el expediente de regulación de empleo, que se posibilita incluso antes de la emisión del informe si, con ello, se favorece la tutela de los intereses subjetivos incluidos en el concepto de «interés concursal».

2. Junto a los «instrumentos primarios» se crean una serie de «objetivos intermedios», que responden –normalmente– al diseño procesal de la Ley. Como ejemplos valgan la distribución en fases: en la fase común se pretende conseguir toda la información relevante relativa al concurso para que los sujetos interesados adopten una decisión racional. Es ésta una fase «de conservación». Por su propia naturaleza de fase instrumental «pre-decisoria», toda aquella actuación que pueda condicionar la decisión de las fases posteriores debe ser postergada. Pero debe serlo sólo en tanto ello no perjudique el «interés concursal». Como ejemplo valga la posibilidad de realizar el expediente de regulación de empleo en esta fase o la facultad de liquidación anticipada de elementos del activo. Con más claridad aún se aprecia esta realidad instrumental (de «objetivo intermedio», es decir objetivo subordinado a un objetivo final y superior) en el caso de la fase de convenio. El convenio no puede ser nunca un fin en sí mismo. Se llegará a un convenio en la medida que ello suponga una mayor realización del «interés concursal», o, si se prefiere, por simplificar, en tanto con el convenio se satisfaga a los acreedores en mayor medida de lo que ocurriría en caso de liquidación del activo. La Ley no permite que se imponga a los acreedores un convenio, por mucho que ello consiga la continuación de la actividad y la previsible continuidad de los puestos de trabajo¹⁹.

2.2.3 LOS LÍMITES INTERPRETATIVOS (REMISIÓN)

En la parte final de este trabajo se ponen algunos supuestos paradigmáticos en los que una interpretación sistemático-teleológico

¹⁹ En este punto, por ejemplo, la aproximación metodológica que proponemos justificaría una reducción teleológica de aquellos preceptos que podrían interpretarse como tendentes a la consecución de un convenio por encima de la satisfacción de los acreedores (v. *infra*. § III).

ca permite la superación de la literalidad (v. *infra*. § III). Naturalmente, la relevancia interpretativa de la función en la Ley Concursal debe siempre entenderse dentro de los límites de la normalidad en la interpretación jurídica. La naturaleza de la Ley Concursal hace que los argumentos teleológicos y sistemáticos tengan un gran peso en la interpretación de sus preceptos, pero no estamos ante un supuesto de «excepcionalidad metodológica». El «interés concursal» sólo será relevante cuando una interpretación literal y el criterio de «conexión de sentido» no ofrezcan una solución incontrovertible. Del mismo modo que el legislador define cómo han de solucionarse los conflictos creados por la insolvencia, que implica definir unos «valores», también puede –consciente o inconscientemente– separarse en un punto concreto de las líneas generales que él mismo ha definido. Frente a esos supuestos, no cabe –si se quiere alcanzar la coherencia sistemática, o, como decía Larenz, si se pretenden evitar las «contradicciones de valoración»– más que cambiar la Ley.²⁰

Un ejemplo de las posibilidades y de los límites interpretativos del «interés concursal» se encuentra en el artículo 134, sin duda uno de los más desafortunados de la Ley Concursal. En este precepto se afirma que los acreedores subordinados «*quedarán afectados por las mismas quitas y esperas establecidas en el convenio para los ordinarios, pero los plazos de espera se computarán a partir del íntegro cumplimiento del convenio respecto de estos últimos. Queda a salvo su facultad de aceptar, conforme a lo previsto en el artículo 102, propuestas alternativas de conversión de sus créditos en acciones, participaciones o cuotas sociales, o en créditos participativos*». Se trata de un precepto que, si se interpreta literalmente en toda su extensión, en muchos casos (en todos los que haya una importante cantidad de créditos subordinados) impedirá la aprobación de un convenio, por mucho que ello hubiese sido posible y objetivamente favorable para los acreedores jerárquicamente superiores.

La comprensión de cuál es la finalidad del concurso y la naturaleza de finalidad puramente instrumental –o, si se prefiere, mediata– del convenio nos permite una interpretación de la norma lo más coherente (*rectius*, teleológico-sistématica) posible. En efecto, el artículo 134 (los acreedores subordinados cobrarán lo mismo que los ordinarios en el convenio, aunque más tarde) se contrapone con el artículo 158 (no se pagará a los subordinados hasta que no se haya pagado íntegramente a los ordinarios). En el

²⁰ En la interpretación de la legislación concursal son plenamente aplicables las reflexiones del profesor alemán: «*Al posible sentido literal y al contexto corresponde, según esto, sobre todo una función delimitadora. Dentro de los límites de este modo conseguidos, son con frecuencia posibles aún varias interpretaciones. Entonces son decisivos sobre todo los criterios teleológicos*» (v. LARENZ, K., *Metodología*, pág. 343).

primer caso, parece que los acreedores tendrán que sacrificar parte del activo para el pago de los subordinados; en el segundo, no. Una interpretación literal crearía un clarísimo –e insoslayable– efecto disuasorio sobre la aprobación de convenios concursales y contradiría la expresa preferencia legal por el convenio sobre la liquidación. La norma debe ser reducida teleológicamente. Intentemos explicar la razón que subyace a su inclusión e interpretémosla de modo acorde con el «interés del concurso», para lo cual debemos desglosar las posibles situaciones.

En este momento –y a los efectos de este debate– es suficiente con afirmar que la Ley tiene como objetivo primordial la satisfacción de los acreedores a través de un estricto orden jerárquico. Entre las distintas categorías, los últimos en cobrar deben ser los acreedores subordinados. Pero los acreedores subordinados son aún acreedores que se encuentran por encima de los acreedores residuales, los socios de la compañía. Así pues, la norma que estamos interpretando contradice la finalidad del procedimiento cuando pone en conflicto a los acreedores subordinados con los acreedores ordinarios, jerárquicamente superiores, pero no si se observa el conflicto hacia debajo: entre ellos y la sociedad concursada o sus socios. El artículo 134, que regula la extensión subjetiva del convenio, parte –como no puede ser de otro modo– de la continuación de la actividad de la concursada. Por ello, es lógico que prevea una regla del estilo. Si no lo hiciese estaría poniendo en mejor situación a los accionistas que a los acreedores subordinados: pagados los acreedores ordinarios con la quita pactada, en el momento pactado, sin una norma similar al 134 los acreedores subordinados verían su crédito extinguido y, en consecuencia, los accionistas, que seguirían con la propiedad de una compañía en funcionamiento y descargada de deudas, habrían «expropiado» los derechos subjetivos patrimoniales a unos acreedores postergados respecto a terceros, no respecto a ellos. Como consecuencia, el 134 debe ser interpretado de modo que se asegure la coherencia interpretativa con el sistema de reparto en liquidación (at. 158 LC); es decir, que el pago de los subordinados no prejuzgue el superior derecho de los quirografarios (ni *ex ante*, en el momento de aprobar el convenio, ni *ex post*, durante o tras su ejecución), pero que les permita cobrar antes que dejar el remanente a la sociedad concursada.

El problema práctico no se plantea cuando el pago a los acreedores previsto en el convenio deba realizarse con lo obtenido por la continuación de la actividad. En este caso, los acreedores ordinarios no tendrán que asumir *ex ante* una quita mayor para satisfacer –posteriormente– a los subordinados. Transcurrido el plazo de la espera pactada, y satisfechos los créditos en la cuantía prevista, empezará el pago de los subordinados con los fondos futuros que sigan entrando por el ejercicio de la actividad empresarial. Si estos deviniesen insuficientes, el sistema de incumplimiento del convenio no afectaría a los ordinarios por mor del artículo 162 de la Ley Concursal²¹.

²¹ El precepto señala: «Si a la liquidación hubiese precedido el cumplimiento parcial de un convenio, se presumirán legítimos los pagos realizados en él, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención al convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores». Este artículo debe ser interpretado en el sentido de asegurar la finalidad pro-

Más complicado resulta interpretar el precepto cuando la satisfacción de los créditos no se supedita al buen fin de la actividad empresarial, sino que existe un plan de pagos (es decir, existe previsiblemente suficiente activo para realizar los pagos pactados o un tercero lo garantiza). En este caso, el margen de maniobra de la Ley es escaso. Ningún problema debería representar que, por ejemplo, el garante del plan de pagos limitara su garantía a la satisfacción de los ordinarios según el convenio. Aunque resulta más dudoso, entendemos que sería igualmente aceptable un plan de pagos calculado sobre la totalidad del patrimonio, que dejase el pago futuro de los acreedores subordinados a una realidad patrimonial sometida a un mayor grado de riesgo, como, por ejemplo, la continuación de la actividad empresarial (de modo que se convertiría este supuesto en el visto en el párrafo anterior) ²².

2.3 La relevancia funcional

2.3.1 EL «INTERÉS DEL CONCURSO» Y EL COMPORTAMIENTO DE LOS «ÓRGANOS FUNCIONALES»

La consecución del «interés concursal» no sólo debe servir para guiar la interpretación de la Ley, sino que debe servir de criterio de actuación de los órganos «funcionales» del concurso. Por órganos funcionales debe entenderse aquellos órganos a los que la Ley dota de competencias (en el sentido procesal, uno, en el sentido administrativo del término, los dos) para la plasmación en la realidad práctica de los valores que, al solucionar los conflictos, está tutelando el Derecho Concursal, y son el juez y la administración concursal. Ni el órgano judicial ni el órgano administrativo defienden otros intereses –ni en distinto orden– a aquellos que la

puesta en el texto: la salvaguarda de los pagos realizados a los acreedores ordinarios en cumplimiento del convenio.

²² Se han propuesto otras alternativas más «creativas» para soslayar los graves inconvenientes de una interpretación literal del artículo 134. Así, por ejemplo, véase el penetrante análisis del prof. Daniele VATTERMOLI (*Le soluzioni concordatarie della crisi nell'ordinamento spagnolo*), en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 2007, II, pp. 26 y sgs.), donde el autor propone la utilización de las clases de acreedores en el convenio para atribuir a los acreedores subordinados las quitas y las esperas propias de la clase de ordinarios menos beneficiada.

Por último, el margen interpretativo es aún mucho menor para el supuesto de conversión de acciones. En este caso, el 134 supone una barrera infranqueable, y constituye un desincentivo para la aprobación de este tipo de acuerdos concordatarios por parte de los acreedores ordinarios. El margen se reduce a, por ejemplo, aceptar un convenio con capitalización de créditos en los que se crearan dos clases de acciones (siendo privilegiadas las propias de los ordinarios y no privilegiadas las que asuman los subordinados).

Ley incluye en el seno del «interés concursal»²³. El mandato imperativo es legal y es común a ambos. La finalidad del procedimiento concursal ha de ser el concepto que guíe las decisiones del Juez y de la Administración concursal. Desde un punto de vista interno, a la hora de adoptar una decisión, el razonamiento jurídico del Juez o del órgano de administración ha de ser el mismo: ¿la adopción y ejecución de la decisión concreta deja en mejor posición a los intereses incluidos en el «interés concursal» que si no se ejecutase? En caso afirmativo, deberá adoptarse; si la respuesta es negativa, deberá abandonarse y considerar una actuación alternativa.

Naturalmente, la defensa del «interés concursal» no puede tomarse como un valor absoluto. La finalidad del procedimiento es un criterio ante la adopción de decisiones de administración que, por su naturaleza, normalmente encierran un mínimo grado de discrecionalidad y de incertidumbre. Sin embargo, el «interés concursal» es irrelevante cuando se produce un conflicto entre los intereses incluidos en el concepto y los intereses tutelados por la legalidad en general. Esta situación se da en la mayor parte de las actuaciones judiciales; pero se da también cuando la administración concursal ocupa una posición «semi-jurisdiccional». Esto se ve con claridad en la formación de la lista de acreedores. En primer lugar, la Administración concursal debe incluir aquellos créditos que se justifiquen conforme a un criterio técnico independiente. En ningún caso su objetivo debe ser reducir en lo posible el pasivo de la concursada, ni su labor consiste en tutelar los derechos de los acreedores ya incluidos oponiéndose a los que pueden serlo (y ostentan una pretensión razonable). Tampoco, por seguir con el ejemplo, debe enfrentarse la administración concursal a la alegación de una prenda (y, por tanto, de un privilegio) por mucho que ello perjudique el derecho de los acreedores ordinarios. En otras palabras, la tutela del «interés concursal» parte de un presupuesto: los intereses que se incluyen en su seno lo son por derecho propio (en el caso de los ejemplos, esto quiere decir que la admisión de la prenda de un acreedor no sólo respeta la legalidad -concursal y general-, sino que también implica la tutela de la finalidad del concurso, pues

²³ Esto incluye a todos los miembros del órgano de administración del concurso, incluido -lógicamente- el acreedor. El Administrador concursal acreedor, desde el momento en que acepta el cargo, se quita el sombrero de acreedor y se pone el sombrero institucional de órgano que persigue, de modo técnico e independiente, el «interés del concurso». Una actuación consciente que beneficie a su derecho (o a los derechos de sus iguales) en contra del «interés del concurso» sería causa de separación y podría dar lugar a responsabilidad.

ese acreedor cuyo privilegio se reconoce forma parte inseparable del «interés concursal»). Los administradores concursales procuran el respeto estricto de la legalidad. No son implicados directos ni representan los intereses de nadie, es decir, no han de defender una posición concreta como haría un abogado, el directorio de una empresa o el acreedor que intenta conseguir una calificación que es más que discutible que merezca ²⁴.

2.3.2 EL «INTERÉS DEL CONCURSO» Y LOS PARTICIPANTES NO FUNCIONALES

En este punto se puede trazar una raya que divide al Juez y a la Administración concursal, por un lado, y a los sujetos privados, por el otro. Los acreedores que ven su crédito reconocido pasan a integrar la masa pasiva del concurso, y su actuación concursal puede darse a través de actuaciones individuales (personándose en una Sección y aportando información, adhiriéndose a un convenio, negociando con los órganos o el deudor, etc.) o colectivas (junta de acreedores). Éstos son libres en todo momento para procurar su propio interés sin tener que velar por el de ningún otro interesado ²⁵. La participación «imperativa» en el concurso de acreedores es, en sí, una respuesta excepcional a una situación excepcional del mercado. La Ley suspende los métodos de tutela ordinaria de los créditos y los sustituye por la participación en un procedimiento en el que los acreedores tienen las posibilidades de maniobra restringidas. El «sacrificio» de los acreedores en aras de la «colectividad» termina ahí: ningún acreedor tiene deberes de comportamiento frente a ningún otro participante o frente a ningún tercero. Es más, aunque con algún titubeo (por ejemplo, al exigir la aprobación judicial del convenio aprobado en Junta), la Ley Concursal parte de que los acreedores se van a comportar procurando exclusivamente su propio beneficio personal y que la suma que arroje ese beneficio individual será elevada a la categoría de interés defendido por la Ley. Esta situación no es más que la trasposición coherente de los

²⁴ Esta es una muestra de la parte jurídico-pública que tiene la naturaleza de un órgano que se inserta en un procedimiento, que ocupa un «oficio» y que persigue un interés que, pese a ser privado, ha sido elevado legalmente a la categoría de «interés público». Al respecto, en mayor detalle, v. TIRADO, I., *Los Administradores concursales*, Madrid (Civitas) 2005, pp. 67 ss.

²⁵ La actuación «egoísta» de los acreedores en búsqueda de su propia satisfacción es la única que se les puede exigir. En este punto no nos parecen correctas las consideraciones en torno a una supuesta «conciencia del estado de insolvencia» para con los demás y, menos aún, sobre la virtualidad de ésta para influir en la toma de decisiones, de H. «*Rehabilitating values*», p. 777. Contra esta idea se han manifestado muchos; v., por todos, RASMUSSEN, «*Debtor's choice: a menu approach to corporate Bankruptcy*», Tex. L. Rev., núm. 71, 1992, pp. 51 ss., especialmente p. 90 ss.

principios del libre mercado en el seno del procedimiento concursal²⁶.

Igual que ocurre con los acreedores, el deudor puede procurar exclusivamente su propio interés. Ahora bien, su situación es distinta a la situación de los acreedores en dos puntos: en primer lugar, las actuaciones del deudor en su propio y exclusivo interés no tendrán, en ocasiones, ninguna eficacia, ya que siempre que entren en colisión con los intereses de los acreedores cederán ante éstos²⁷; en segundo lugar, la Ley Concursal limita la capacidad de acción del deudor al imponerle determinados deberes de conducta que no puede ignorar sin sanción (por ejemplo, el genérico deber de colaboración *ex art. 42 LC*).

III. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE «INTERÉS DEL CONCURSO»

3.1 Consideraciones introductorias

Como se señaló en la introducción, la Ley concursal ha reconocido expresamente la existencia de una finalidad que debe procurarse en el procedimiento, pero sin definirla. Se señala que el concurso tiene un «interés», pero ese «interés concursal», que vincula y cuya realización práctica ha de perseguirse por el juez, no es llenado de contenido concreto. Corresponde al intérprete (y es el objetivo de este trabajo) llenar el hueco normativo. Para ello se utilizarán todos los datos jurídicamente relevantes de que disponemos. Estos datos son los siguientes: en primer lugar, los preceptos de la Ley, que constituyen la fuente principal que nos permite abstractraer el complejo nudo de intereses que se jerarquizan en el seno

²⁶ El razonamiento es sencillo: el Derecho concursal es una «válvula» de salida del mercado y un instrumento para la corrección de los fallos de funcionamiento del mercado; precisamente por eso, la regulación del concurso ha de respetar, en la medida de lo posible, las normas de funcionamiento normal del mercado. Del mismo modo que cada agente en el mercado puede actuar libremente y disponer de su propio derecho como mejor le convenga, lo mismo puede y debe reflejarse en el concurso.

²⁷ El deudor, en realidad, puede procurar libremente su propio interés, pero los efectos quedarán limitados según el tipo de actuación. Si el deudor ejerce una de las facultades «concursales» que le permite la Ley, su discrecionalidad es ilimitada: puede impugnar el inventario o la lista de acreedores, recurrir las resoluciones judiciales que no le convengan, proponer convenio, etc. Si, por el contrario, el deudor ejerce facultades que pueden tener trascendencia patrimonial, la eficacia de la actuación estará condicionada a la autorización de la administración concursal, pues, al actuar patrimonialmente, no está disponiendo de valor propio, sino del valor de terceros (los acreedores, en cuyo interés se debe administrar la masa en concurso). Es decir, al menos sobre el papel, la eficacia patrimonial de las actuaciones del deudor quedará limitada a aquellas en las que «su interés» coincida con el interés de los acreedores.

del procedimiento; en segundo lugar, la Exposición de Motivos; y, en tercer lugar, los contextos legislativo y socioeconómico, pues no puede –ni debe– olvidarse que la Ley 22/2003 regula la insolvencia de una persona que actúa en una economía de mercado.

3.2 La diferencia entre el objetivo funcional y los «objetivos abstractos»

La doctrina que ha analizado el Derecho concursal se ha detenido en detalle a analizar la justificación de la disciplina. Como mecanismo de mercado que es, el concurso de acreedores ha estado durante décadas bajo el atento estudio de los analistas económicos del Derecho, cuya concepción ha tenido gran influencia incluso en el ámbito legislativo ²⁸. A diferencia de otras ramas del Ordenamiento, en las que el análisis doctrinal se ha centrado en el Derecho positivo, el debate entre distintas visiones del Derecho de la insolvencia ha puesto su atención en los fines, creando una suerte de «filosofía del Derecho concursal» ²⁹.

El debate se originó entre la doctrina norteamericana en torno al *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*. Los dos polos opuestos, detrás de cuyas posiciones teóricas, hay una serie de valores y creencias de tipo social, económico y político ³⁰, son los seguidores del *Creditor's bargain model* ³¹, por una parte, y del *Loss allocation model* ³², por el otro. El primero de los modelos, basado en un aná-

²⁸ Así, por ejemplo, la reforma concursal alemana fue influida por las ideas de Thomas JACKSON, principal exponente de esta escuela en el ámbito concursal, a través de la labor prelegislativa de Manfred BALZ, alumno suyo en Harvard y divulgador de las ideas del profesor americano en Europa (v. BALZ «*Die Logik und Grenzen des Insolvenzrechts*», ZIP (1988) pp. 1438 ss. o idem, «*Market conformity of insolvency proceedings: policy issues of the German Insolvency Law*», Brook. J. Int. L., núm. 1 (1997) pp. 168 ss.).

²⁹ Esta expresión es de Roy GOODE, que fue uno de los introductores del debate sobre la función del Derecho concursal en el Reino Unido (v. GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, pp. 39 ss.).

³⁰ Un estudio sobre la relación entre ambas teorías, los valores subyacentes y sobre el alto nivel de ideologización presente en las mismas puede leerse en RUSCH, «*Bankruptcy reorganization jurisprudence: matters of belief, faith and hope-stepping into the fourth dimension*», Mont. L. Rev., núm. 55, 1994, pp. 10 ss.

³¹ Sobre esta concepción, inserta en la escuela doctrinal del análisis económico del Derecho, v., entre muchos, los clásicos de Jackson y Baird: JACKSON, T., «*Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements and the Creditors' Bargain*», Yale L J, núm. 91, 1982, pp. 857 ss., BAIRD, D., «*Loss Distribution, Forum Shopping, and Bankruptcy: A Reply to Warren*», Chi. L. Rev., núm. 54, 1987, pp. 815 ss.; idem, «*The Uneasy Case for Corporate Reorganization*», J. Legal Stud., núm. 15, 1986, pp. 127 ss.

³² Como principales defensores de esta visión del Derecho concursal, v., también entre muchos, KOROBKIN, «*Rehabilitating values: a jurisprudence of Bankruptcy*», Colum. L. Rev., núm. 91, 1991, pp. 717 ss.; WARREN, E., «*Bankruptcy policy*», U. Chi. L. Rev., núm. 54, 1987, pp. 775 ss.; CARLSON, «*Bankruptcy theory and creditor's bargain*», U. Cin. L. Rev., núm. 61, 1992, pp. 453 ss.; o BOWERS, «*Groping and coping in the shadow of Murphy's Law: Bankruptcy theory and elementary economics of failure*», Mich. L. Rev., núm. 88, 1990, pp. 2097 ss.

lisis microeconómico clásico, considera que la única función del Derecho concursal debe ser la representación mimética dentro del procedimiento de los acuerdos que el deudor y los acreedores alcanzaron fuera, operando en un mercado libre. Los conflictos entre el deudor y sus acreedores o entre los propios acreedores deben resolverse como se pactó fuera del procedimiento (a través, por ejemplo, del establecimiento de garantías o de subordinaciones convencionales) y, si nada se pactó –y aquí radica el punto más controvertido– el conflicto debe resolverse según se supone que las partes habrían decidido conforme a criterios de eficiencia si hubiesen previsto el problema (es lo que se denomina la «negociación hipotética»: *hypothetical bargain*). Es decir, se realiza un análisis *ex post*, conforme a criterios de eficiencia, sobre lo que las partes «habrían querido».

Frente a esta visión del Derecho concursal, la segunda de las «escuelas» de pensamiento toma como punto de partida una posición menos axiomática y, por lo general, está más alejado de los modelos puramente abstractos. Pese a partir de algunos presupuestos comunes (por ejemplo, y sobre todo, la idea de que la mejor distribución de los recursos es la que se deriva de la libre actividad de los sujetos en el mercado), esconde valores distintos, diferente finalidad y distinta perspectiva en el enfoque del problema: ante la situación de insolvencia, la mirada no se centra exclusivamente en la maximización del valor de que va a ser distribuido entre los acreedores, sino que, partiendo de la realidad del fracaso empresarial, se busca la manera de repartir las pérdidas del modo más justo, tomando en consideración distintas variables e intereses. En la insolvencia de un empresario no sólo están implicados los acreedores, sino que existe una pluralidad de intereses afectados que no se pueden ignorar. El Derecho concursal es, por lo tanto, un procedimiento legal dirigido a distribuir los recursos insuficientes entre todos aquellos afectados por la situación. Para ello, hay que diseñar un sistema que responda de manera flexible a la crisis económica, intentando cohonestar –no ordenar jerárquicamente– los valores y los intereses de todas las partes afectadas.

Las finalidades que existen detrás de estas distintas posiciones doctrinales constituyen «objetivos abstractos». Son argumentos de «política legislativa» y sus destinatarios naturales no son los jueces, sino los legisladores³³. Son modelos teóricos que aportan interesantes instrumentos de análisis, pero no tienen ninguna

³³ Estos modelos –sobre todo el primero de ellos– realizan consideraciones normativas, que sirven para criticar una legislación concreta, y, en este contexto, resulta de gran utilidad. Puede igualmente reconocerse una cierta eficacia interpretativa, en tanto la indeterminación de la Ley permite que consideraciones tan generales sean utilizadas para resolver un problema concreto de interpretación. Pero se trata de reflexiones realizadas con carácter abstracto y basadas en modelos económicos que no discriminan críticamente entre las distintas circunstancias de los mercados; es decir, son normalmente demasiado genéricas para basar interpretaciones de preceptos concretos. Por mucho que una solución –según Pareto o Kaldor y Hicks– sea más eficiente, el tenor literal de la Ley o la voluntad concreta del legislador son barreras insalvables aunque contradigan los postulados del modelo teórico. Su campo de acción natural está en las consideraciones *de lege ferenda*.

conexión con la Ley. En otras palabras, pueden ser entendidos como instrumentos metodológicos, pero no como finalidades concretas que permitan la interpretación de una normativa concreta. Si no fuera así, podría decirse que la finalidad concursal de todos los Derechos concursales del mundo es la misma; y, por tanto, totalmente independiente del legislador, al que se vería negado el poder de dictar leyes que regularan la insolvencia de un deudor en el mercado.

El «interés concursal» es una finalidad concreta, basada en datos normativos del Derecho español. Con independencia del juicio valorativo que merezca la Ley Concursal, es incontrovertible que ésta existe y es y debe ser aplicada en toda su extensión (es decir, según su finalidad). No es éste un trabajo dirigido al legislador, sino al intérprete legal. El método funcionalista aquí propuesto es, en buena medida, el contrario a un análisis abstracto con soluciones para todos los supuestos, en todo lugar: el funcionalismo aquí propuesto no sólo se mantiene estrictamente dentro de los límites interpretativos generales, sino que persigue, precisamente, el máximo respeto a la finalidad de la Ley; de una Ley concreta.

Ahora bien, esto no quiere decir que no existan puntos de contacto material con los modelos «abstractos» y con las aproximaciones «filosóficas». La inexistencia de una definición concreta del fin del procedimiento concursal hace que deba necesariamente partirse de un contexto jurídico y socioeconómico para delimitarlo. El Derecho concursal español se enmarca en una economía de mercado, en la que el respeto a la autonomía de la voluntad y a los pactos de las partes es un presupuesto de funcionamiento. En este punto, la coincidencia de nuestro enfoque con las propuestas de los teóricos estadounidenses es total.

3.3 La construcción del concepto

3.3.1 LA DEFINICIÓN DE LA FINALIDAD DEL CONCURSO: LA EXPERIENCIA DEL DERECHO COMPARADO

A diferencia de la Ley Concursal, la legislación de otros países de nuestro entorno jurídico-económico ha tipificado expresamente el objetivo de su sistema concursal. En el caso alemán, paradigmático por ser el primero en incluir una fijación expresa de objetivos, se ha optado por realizar una definición genérica, al principio de la Ley. Tanto el carácter general del texto como la situación sistemá-

tica del artículo en que se recoge confieren a la definición del objetivo una eficacia general, vinculante para todos órganos del concurso. Por el contrario, el Derecho inglés surgido tras la reforma de 2002 ha centrado la finalidad en la actividad del administrador concursal (el *administrator*): tras un periodo de información y análisis fáctico, el *insolvency practitioner* deberá decidir cuál es la finalidad que debe seguirse en el concurso concreto, según un catálogo legal de objetivos jerárquicamente ordenados. Toda la actuación del administrador, desde ese momento, deberá estar dirigida únicamente a conseguir el fin fijado.

En Alemania, tanto en el § 1 de la *Insolvenzordnung* como en el tan traído § 3 de la derogada Ordenanza de concursos de 1877 se determina «para qué sirve» el concurso³⁴. La doctrina, de manera casi unánime, interpretaba e interpreta ambas declaraciones legales con una sola frase: «*la finalidad del concurso es la satisfacción de todos los acreedores de manera proporcional y en la mayor medida posible*»³⁵.

En Derecho inglés no existía una definición de la finalidad del concurso hasta la importante reforma operada por la *Enterprise Act 2002*³⁶. El *administrator* tiene que enunciar formalmente cuál es el objetivo del procedimiento, y está vinculado en su actuación por lo que establezca. Pero la *Insolvency Act* no deja libertad plena al *administrator*. En el importantísimo parágrafo 3 se establece una terna de posibilidades entre las que tiene que elegir el órgano; pero esas posibilidades tampoco son libres, sino que están jerarquizadas. Así, señala el precepto:

«3(1) *El administrador de la compañía debe ejercitar sus funciones con la finalidad de: a) «rescatar» la compañía como empresa en funcionamiento; b) conseguir un resultado mejor para los*

³⁴ Señalaba el § 3 de la derogada *Konkursordnung*: «[L]a masa –activa– del concurso sirve para la satisfacción de todos los acreedores personales que tengan frente al concursado un crédito de naturaleza patrimonial, anterior a la apertura del procedimiento de concurso». El § 1 de la vigente *Insolvenzordnung* señala que «[E]l procedimiento concursal sirve para satisfacer colectivamente a los acreedores del deudor común a través de la liquidación y posterior reparto del patrimonio del deudor o, llegando a una solución distinta, a través de un convenio de insolvencia que incluya especialmente el mantenimiento de la empresa». En este último caso, la diversidad de soluciones resulta de la unificación de las antiguas *Konkursordnung*, *Vergleichsordnung* y *Gesamtvollstreckungsordnung* en un procedimiento unitario que, en su seno, contempla las posibles soluciones que cada uno de aquellos procedimientos preveían individual y excluyentemente. Sobre el importante § 1, v., por todos, SMID, S., *Insolvenzordnung Kommentar*, Stuttgart, Köln, Berlin, Kohlhammer, 2001, 2.^a ed., § 1, Anm. 1 ss.

³⁵ La frase se debe a ERNST JAEGER: «*Ziel des Konkursverfahrens ist die Gleichmäßige und möglichst weitgehende Befriedigung aller Konkursgläubiger*». JAEGER, E., *Konkursordnung, Einleitung*, Anm. 1. En parecidos, si no iguales, términos, se pronuncia expresamente la práctica totalidad de la doctrina. V., por todos, JAUERING, O., *Zwangsvollstreckungs-*, § 38, Anm. 1, 1.

³⁶ Como ha señalado ROY GOODE, la reforma de 2002 ha «revolucionado la Legislación» en materia de reestructuración de empresas en dificultades (v. GOODE, R., *Principles of Corporate Insolvency Law*, p. 318). La Ley ha incluido un nuevo Capítulo IV dentro de la Parte III de la *Insolvency Act 1986*.

«acredores en general» de la compañía de lo que sería razonablemente previsible si la compañía entrase en liquidación; c) liquidar propiedad de la compañía para distribuir el resultado a uno o más acreedores privilegiados o con garantía. 3(2) El administrador de la compañía debe ejercitar sus funciones en el interés de los «acredores en general». 3(3) El administrador debe ejercitar sus funciones con la finalidad especificada en el subpárrafo 1(a) (rescatar compañía en funcionamiento) a no ser que piense que: a) no es razonable que pueda alcanzarse ese objetivo en la práctica; b) el resultado del subparágrafo 1 (b) conseguiría un mejor resultado para los acreedores «en general».

Pues bien, de este enmarañado precepto se entresacan las siguientes conclusiones: 1) existe un mandato general en el comportamiento del órgano, y es la máxima protección para los «acredores en general», es decir, que el *administrator*, a la hora de decidir, debe guiarse por aquello que, en abstracto, beneficiaría a los acreedores «como si fuesen un único acreedor»; 2) el apartado 1(b) es el preferido por la Ley, y hace referencia al «saneamiento de la empresa» (*Business rescue*), que será siempre elegido por encima de todas las demás opciones; 3) la alternativa favorita siempre que no se dé el «saneamiento de la empresa», es 1 (a), esto es, el «saneamiento del empresario» (*company rescue*). Concluyendo, pues: el Derecho inglés establece una jerarquía de objetivos que debe necesariamente seguirse por el administrador, según la cual éste adoptará todas las medidas necesarias para conseguir el mayor valor por la masa, transmitiéndola como un todo sin tener en cuenta que ello supone la posterior (e inmediata liquidación y extinción de la compañía). Una vez el *administrator* ha decidido el camino a seguir y ha delimitado el objetivo, sus competencias deben ceñirse a conseguir esa finalidad, y cualquier desvío culpable derivaría en su responsabilidad personal (debe recordarse que los *insolvency practitioners* tienen el deber de suscribir un costoso seguro de responsabilidad civil).

3.3.2 PRECISIÓN PREVIA: EL «INTERÉS DEL CONCURSO» COMO CONCEPTO SUBJETIVO

3.3.2.1 *La naturaleza subjetiva del concepto*

Antes de entrar en el análisis del contenido del concepto resulta necesario hacer una precisión importante: *el «interés del concurso» engloba, exclusivamente, intereses subjetivos*. Es decir, la finalidad del procedimiento concursal consiste en tutelar la esfera jurídica de personas determinadas, no en la plasmación práctica de vicisitudes de la empresa deudora.

Como se ha señalado al delimitar la eficacia interpretativa del «interés del concurso», el convenio o la liquidación, la continuidad de la empresa, su enajenación global, son únicamente instrumentos

para la protección de la posición subjetiva de personas concretas, nunca un fin en sí mismos. De este modo, afirmar, por ejemplo, que la Ley patrocina preferentemente un convenio y que la continuación es preferida sobre la liquidación no deben nunca tomarse como criterios absolutos.

La utilización de los instrumentos como fines encierra, en realidad, una preferencia de política legislativa clara. Si se predetermina el convenio de continuación como un fin en sí mismo, lo que se está haciendo es poner a determinadas personas (los trabajadores por sus créditos futuros, paradigmáticamente) por encima de otras (los acreedores por créditos existentes) en el reparto de las pérdidas que siempre acarrea un concurso. La idea es clara: si se trata, primero, de continuar con la empresa aunque ello traiga consigo un pago a los acreedores menor al que recibirían de liquidarla, o si se acepta una oferta de adquisición por un precio menor al de otra oferta, porque con la primera propuesta mantiene más puestos de trabajo, en realidad se está *pagando a los trabajadores con «el dinero de los acreedores»*³⁷. La aproximación aquí defendida tiene implicaciones interpretativas directas (v. *infra*. § 3.3.5).

3.3.2.2 *El «interés del concurso» y las distintas fases del procedimiento*

1. La subjetivización excluyente del «interés del concurso» tiene importantes consecuencias interpretativas. La «instrumentalización» de toda medida legal que no consista en la tutela directa de un interés subjetivo concreto conlleva, fundamentalmente, la flexibilidad y la subordinación del fin al medio. Salvo en aquellos supuestos en que claramente la Ley configure una actuación como «de orden público», las instituciones concursales deben interpretarse en función del interés que protegen en cada caso³⁸.

Esta regla tenía una aplicación muy restringida en el Derecho derogado. El sistema compuesto por los Códigos de comercio y las normas forenses de la Ley de enjuiciamiento de 1881 creaban procedimientos en que el legislador «apriorizaba» el instrumento válido

³⁷ Sea esto justo o no, no es tema del presente trabajo; ahora bien, el que realice afirmaciones como las que citábamos al iniciar este inciso debe ser consciente de lo que propugna Este enfoque puede leerse en el trabajo de GONZÁLEZ BILBAO, E., «Identificación de los "intereses concurrentes" y del "interés del concurso" en la nueva Ley Concursal», pp. 294 ss., sobre todo 306 ss.

³⁸ Esta afirmación no «descose» el engranaje diseñado en el procedimiento concursal. Es decir, no supone afirmar que toda previsión de la Ley es susceptible de interpretación flexible o de incumplimiento si con ello se protege mejor el interés concursal. Así, por ejemplo, las normas estrictamente procesales no pueden alterarse ni dejar espacio a discrecionalidad alguna: se cumplen o no; y deben cumplirse, pues las reglas del procedimiento son de orden público. Se trata de un criterio que sólo permite integrar las lagunas o dar sentido a las ambigüedades.

do para el fin que perseguía: en la quiebra, había, en principio, que liquidar³⁹. El legislador (*rectius*, los legisladores) pre establecían el camino para conseguir la satisfacción de los acreedores o la tutela del mercado y la sanción al deudor; no había lugar a la interpretación. Así, por ejemplo, cualquier actuación que dificultara la finalidad liquidativa era radicalmente ineficaz⁴⁰. La situación es bien distinta en el Derecho concursal vigente.

En efecto, como es sabido, la Ley Concursal configura un procedimiento unitario, en el que caben tanto la reestructuración de la empresa como la liquidación. El convenio y la liquidación son excluyentes: no puede liquidarse por convenio y en la liquidación conduce a irremediablemente a la realización del activo. Pues bien, a nuestro modo de ver, se trata de dos instrumentos para la consecución del «interés concursal» que se sitúan en un igual nivel de preferencia legal⁴¹. Aunque la Exposición de Motivos de la Ley

³⁹ Como es sabido, en el derecho concursal derogado había un procedimiento esencialmente liquidativo (la quiebra) y otro tendente a la obtención de un acuerdo con los acreedores (la suspensión de pagos). Sin embargo, el procedimiento concebido para la continuidad podía acabar con la liquidación a través de un convenio liquidatorio y la quiebra prolongar la vida de la empresa con la conclusión de un convenio de continuación. Esta dualidad, sin embargo, sólo a primera vista es un impedimento para acotar la finalidad del procedimiento. A poco que se reflexione parece claro que el hecho de que en la quiebra se prevea la posibilidad de alcanzar un convenio que permita continuidad del negocio, no impide que se concebía la liquidación como una de los elementos cardinales de la finalidad del procedimiento. En primer lugar, porque de derecho –aunque no de hecho– el convenio de la quiebra era una solución subsidiaria, una suerte de «puerta trasera» del procedimiento (y ello pese a que en la práctica fuese una solución común, entre otras razones, por el miedo –injustificado, muchas veces– a percibir aún menor dividendo que en caso de liquidación, manipulación del sistema, etc.). En segundo lugar, porque no es un fin en sí mismo, sino, simplemente, una manera más de conseguir la finalidad principal. En tercer lugar, porque su virtualidad se limita a un trámite determinado en el seno del procedimiento y, sólo en caso de que la quiebra se encuentre inmersa en él, puede ser tomado en consideración. En otras palabras, la sindicatura sólo podía llevar a cabo actos que impidiesen directa e indudablemente la liquidación en caso de encontrarse –interinamente– en vías de realizar aquello que la voluntad de las partes (deudor y acreedores en Junta) haya decidido.

La separación inicial de finalidades posibles en los procedimientos de solución de la crisis es también la solución más extendida en el Derecho comparado: a modo de ejemplo, valgan los sistemas concursales de Italia, el Reino Unido o Estados Unidos. En este punto, la reforma española de 2003 ha optado por seguir la vía alemana de la *Insolvenzordnung* de 1994, en la que se establece un procedimiento unitario con varias posibles «salidas».

⁴⁰ Estas limitaciones son propias de todo sistema concursal exclusivamente liquidativo. Así, por ejemplo, uno los asuntos que más estudio ha merecido para la doctrina italiana es la posibilidad de que el *curatore* concluya contratos de arrendamiento de duración superior a los nueve años. La mayoría opta por negar tal posibilidad por dificultar la liquidación del patrimonio del insolvente. V., entre otros, SEMIANI BIGNARDI, F., «*Esercizio del riscatto da parte del curatore fallimentare*», en «*Scritti giuridici (1953-1965)*», Padova, Cedam, 1968, pp. 86 ss., esp. en p. 93; CASELLI, G., *Organî del fallimento*, en *Scialoja-Branca, Commentario alla Legge fallimentare*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1977, p. 160; y, sobre todo, RIVOLTA, C., *L'affitto e la vendita dell'azienda nel fallimento*, Milano, Giuffrè, 1973, pp. 35 ss., *passim*. La doctrina italiana niega también, por los mismos motivos, la facultad del órgano administrativo de otorgar derechos de opción sobre bienes de la masa: v. RIVOLTA, C., *L'affitto e la vendita*, p. 24.

⁴¹ V., ya antes, ROJO-BELTRÁN, «Comentario previo al Título V» en Rojo-Beltrán, *ComLC*, p. 1850.

señale su predilección por la solución pactada, se trata de una declaración de intenciones que posteriormente sólo se traduce en el articulado en el aspecto temporal: la Ley crea un *iter* procedimental en el que, salvo determinadas circunstancias, se pasa de una fase común instrumental al convenio; al que, en su caso, seguirá la liquidación. Pero ahí termina la preferencia, como demuestra el hecho de que el propio deudor pueda impedir el convenio desde el principio o que los acreedores, principales protegidos por el «interés concursal», puedan rechazar el acuerdo si no beneficia a sus intereses⁴².

2. La equiparación de instrumentos legales para la obtención del fin del concurso se traslada a las distintas fases. Las actuaciones en cada una de ellas estarán específicamente limitadas por dos finalidades: en primer lugar, por la genérica protección del «interés concursal», que constituye la razón del proceso y que delimita todo el procedimiento; en segundo lugar, por la *finalidad instrumental* de cada fase. Esta segunda limitación exige alguna precisión ulterior.

La primera y necesaria fase del concurso se denomina legalmente «fase común» (art. 21.2 LC). Se trata de una fase meramente instrumental, en la que se realizan todos los trámites procesales y se reúne toda la información para que posteriormente, en las fases decisorias, puede llegarse a la mejor solución del concurso. Es, pues, un «instrumento del instrumento» o, si se prefiere, un periodo instrumental de segundo grado. Esto tiene una considerable importancia en lo que aquí concierne y explica muchas de sus previsiones normativas: en la fase común no deben realizarse actuaciones que *prejuzguen* una solución al concurso⁴³. Es decir, y apli-

⁴² Con claridad meridiana señalan los profesores ROJO Y BELTRÁN: «[L]a Ley Concursal prevé dos únicas y alternativas soluciones al concurso de acreedores: el convenio [...] y la liquidación [...]. La finalidad de estas dos soluciones es la misma: una vez determinado el activo y el pasivo concursales durante la fase común, tanto el convenio como la liquidación tienen como fin la satisfacción de los acreedores, conforme a la clasificación legal» (v. ROJO-BELTRÁN, «Comentario previo al Título V» en Rojo-Beltrán, *ComLC*, p. 1849). En este mismo sentido, v. GONDRA, J. M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal a la luz de los modelos de referencia de la experiencia histórico-comparada», en AA.VV., *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid, Marcial Pons, 2005, t. IV, p. 4596.

⁴³ Un buen ejemplo de la importancia que la Ley concede a la necesidad de no abortar prematuramente una solución determinada se refleja en el tratamiento de las garantías sobre bienes afectos a la actividad empresarial (art. 56 LC). Éstos no se pueden ejecutar hasta que se apruebe un convenio o transcurra un año desde la declaración de concurso. Además, la administración concursal puede cancelar el crédito con cargo a la masa si mantener el bien en el patrimonio concursal conviene al concurso. Estas reglas, importadas de la Ordenanza alemana de 1994, expresan claramente la jerarquización de intereses de la Ley: se limitan los derechos del acreedor garantizado en beneficio de los restantes acreedores (y del deudor). Al posponer la ejecución, se favorece la continuidad pero, sobre todo, se protege el valor de la masa, al permitir que la empresa siga en funcionamiento (no puede

cado al órgano de administración, durante la fase común los administradores del concurso, en su vertiente activa, han de realizar todas las actuaciones necesarias para una mejor decisión de los interesados (acreedores y deudor); y, en la pasiva, han de abstenerse de ejecutar aquello que dificulte o impida la posterior consecución de un convenio o de la liquidación⁴⁴. Aplicando este mismo razonamiento, en la fase de convenio los administradores realizarán las labores instrumentales legalmente encomendadas para permitir una más correcta decisión sobre las propuestas presentadas⁴⁵, pero, además, no podrán adoptar ninguna que impida o dificulte la liquidación. La condición de última posibilidad temporal de la fase de liquidación la convierte, precisamente, en un elemento decisivo a la hora de delimitar la actuación de los órganos durante todo el proceso. En efecto, la liquidación puede que nunca acontezca, pero la sola posibilidad es suficiente para negar aquellas actuaciones que puedan impedirla⁴⁶. Así, por ejemplo, con independencia de la fase en que se encuentre el concurso, en principio no parece que los administradores concursales puedan concluir un contrato de arrendamiento *de larga duración* si, con ello, comprometen un bien de la masa y, por tanto, dificultan la liquidación del patrimonio concursal (porque una legislación de arrendamientos protecciónista con el arrendatario impida su desahucio)⁴⁷.

suspenderse la ejecución si el bien no está afecto a la actividad) y su posible enajenación global. A cambio, el acreedor con garantía sólo sufre una restricción temporal.

⁴⁴ Esto explicaría por qué los administradores concursales han de solicitar autorización al juez para realizar actos de disposición de la masa activa durante las fases común y de convenio.

⁴⁵ Esto no debe entenderse como una labor de «fomento del convenio». La tarea de los administradores es puramente técnica, aséptica, consistente en poner sobre la mesa todos los elementos de juicio posibles para que las partes decidan. Y si las circunstancias desaconsejan el convenio, así deberán ponerlo de manifiesto. El convenio es, insistimos, un mero instrumento.

⁴⁶ Como se aprecia, curiosamente la solución que parecía catalogarse como «último recurso» en la Exposición de Motivos acaba convirtiéndose en omnipresente por el propio diseño legal.

⁴⁷ En todo caso, salvo en supuestos muy evidentes, la limitación de las facultades de administración de los administradores concursales quedará en un ámbito interno. El órgano de administración deberá responder ante los acreedores y el deudor por la infracción de los límites instrumentales del concurso, pero no parece fácil que esta circunstancia afecte al tercero a través de la ineficacia del acto.

Y respecto de la responsabilidad, habrá de concurrir el daño y la culpa. Sólo habrá daño cuando se haya lesionado el «interés del concurso», algo que no debe confundirse con la contradicción con la finalidad de la fase concreta. Sólo habrá culpa cuando resulte evidente a un administrador concursal medio que el acto concreto contradice los objetivos de la fase concreta o dificulta la siguiente. Así, por ejemplo, difícilmente se podría condenar a los miembros del órgano que han comprometido el uso y disfrute de un bien con un tercero cuando parecía muy probable que se alcanzase un convenio de continuación con los acreedores (convenio que no tenía ese bien como elemento esencial, claro).

3.3.3 LOS ACREDITADORES Y SU CONSIDERACIÓN EN EL «INTERÉS CONCURSAL»

3.3.3.1. La satisfacción de los acreedores como finalidad genérica.— En Derecho español, la finalidad esencial del concurso es la satisfacción *concursal* de los acreedores del deudor común⁴⁸. El deudor, en virtud del principio de responsabilidad universal, ha de satisfacer las deudas contraídas con sus bienes presentes y futuros (arts. 1911 CC y 76 LC). Cuando entra en un estado de crisis económica general y no puede responder ante la pluralidad de sus acreedores se arbitra legalmente un proceso colectivo que constituye un mecanismo de reparto de pérdidas, desde la perspectiva de los titulares de créditos contra el insolvente, y un procedimiento pensado para la realización de su patrimonio, desde la posición del concursado. El concurso es, pues, un instrumento procesal diseñado para que se haga efectiva la «función de responsabilidad» del patrimonio de un deudor común (*Hafungsfunktion*), o, lo que es igual, el intento por satisfacer a los acreedores en la mayor medida posible. Es lo que se ha llamado autorizadamente la «función solutoria» del concurso de acreedores⁴⁹.

La Exposición de Motivos hace referencias expresas a la tutela de los acreedores como finalidad principal del concurso. Al analizar los cambios sistemáticos en el procedimiento, se señala que «[...] *La unidad del procedimiento [...] se consigue en virtud de la flexibilidad de que la Ley lo dota, que permite su adecuación a diversas situaciones y soluciones, a través de las cuales puede alcanzarse la satisfacción de los acreedores, finalidad esencial del concurso*». Posteriormente, al exponer las líneas generales del con-

⁴⁸ V., entre otros muchos, GONDRA, J. M., «Convenio y reorganización en la nueva Ley concursal», p. 4596.

La satisfacción de los acreedores como objetivo del concurso es algo que ha ocurrido, desde los albores del Derecho concursal, en la mayoría de los Ordenamientos. V., al respecto, ROJO, «Notas para la reforma», p. 515; es más, se puede afirmar de la práctica totalidad de las legislaciones concursales de los países de nuestro entorno y era ya algo presente en los estatutos de las ciudades-estado del medioevo italiano: v. SANTARELLI, U., *Per un storia del fallimento nella Ettà Intermedia*, Padova, Cedam, 1962, pp. 3, 100 y, sobre todo, 322 ss. No se trata, sin embargo, de la única finalidad perseguida a lo largo de la historia. En ocasiones, el objetivo primordial era la salvación de la empresa y todo lo que a ella rodeaba: v. RIESENFIELD, «*The evolution of modern Bankruptcy Law*», *Minn. L. Rev.*, núm. 31, 1947, pp. 401 ss.). En la teoría clásica, la liquidación de la empresa que había fracasado en el tráfico constitúa algo saludable para el mercado; el procedimiento cumplía, así, una función de limpieza (*Reinigungsfunktion*). En el Derecho español vigente, sin embargo, y a falta de declaraciones expresas en tal sentido, los efectos macroeconómicos de la solución a las crisis se sitúan en segundo plano respecto de la satisfacción de los acreedores. Si se liquida, será porque convenga a unos acreedores ciertos de un deudor determinado, pero no porque con ello se depure el mercado de sujetos indeseables.

⁴⁹ V. Rojo, A., en Uría/Menéndez, *Curso de Derecho Mercantil*, 2.^a ed., Madrid (Civitas) 2006, t. II, pp. 895 ss.

venio señala que «[...] la Ley fomenta (el convenio) con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo». De estas palabras tan sólo pueden extraerse dos ideas: 1) que la finalidad más importante del concurso es satisfacer a los acreedores; 2) que no es el único objetivo (pues habla de «finalidad esencial»)⁵⁰.

3.3.3.2 LA NECESIDAD DE CONCRECIÓN: LOS CONFLICTOS ENTRE ACREDITORES (REMISIÓN)

Estas afirmaciones, no por obvias menos importantes, adolecen de insuficiente concreción para el presente análisis. Los acreedores son una pluralidad heterogénea que se sitúa en posiciones relativas distintas en el seno del procedimiento. La mayor satisfacción de un acreedor, incluso dentro del concurso, normalmente supondrá la menor satisfacción de los otros. Pero, además, la regla inicialmente enunciada es insuficiente para cumplir su principal función: servir como instrumento interpretativo de la Ley Concursal y como criterio para que los órganos del concurso (y, paradigmáticamente, la administración concursal) resuelvan todos los conflictos que surjan en el seno del concurso. El órgano de administración despliega una actividad compleja, donde la gestión de un patrimonio empresarial y la gran cantidad de intereses que confluyen sobre la situación de crisis económica exigen una mayor precisión en los fines perseguidos. Es necesario desentrañar cómo deberá interpretarse la Ley y cómo deberán actuar los administradores concursales para satisfacer a esos acreedores; y será necesario precisar cómo se satisfará a esos acreedores.

El primer punto se aborda detalladamente en los apartados siguientes. Sin embargo es necesario realizar una precisión en este lugar: a la hora de analizar la posición jurídica de los acreedores y, por tanto, a la hora de establecer cuándo una actuación va en pos de su mayor satisfacción, debe tomarse en consideración *exclusivamente* su situación *como acreedores concursales*. Los órganos del concurso sólo procuran los intereses de los *acreedores en cuanto acreedores concursales*, es decir, aquellos intereses delimitados

⁵⁰ En el Derecho derogado, la Exposición de Motivos del Código de comercio añadía una finalidad: «[...] no debe olvidarse que la legislación de concursos tiene por principal objeto impedir que los comerciantes abusen de su crédito, que es el alma del comercio, y que comprometan irreflexivamente los capitales ajenos [...] Consecuente el Proyecto con la idea de castigar el fraude donde quiera que esté [...]». Hijo de su tiempo, el Código de 1885 muestra una gran preocupación por la sanción a un sujeto considerado como ignominioso por haber causado un daño a la sociedad. Esta orientación ha desaparecido como tal, lo que se demuestra por la subjetivización de las sanciones al deudor, que sólo acontecen ante comportamientos reprobables.

por la pretensión reconocida en la concurso⁵¹. Los intereses individuales ajenos al concurso de cada uno de los titulares de créditos insinuados son indiferentes para la concurso. Así, por ejemplo, la administración concursal no está en ningún caso obligada a entrar en relaciones con un proveedor determinado porque ello beneficie a uno de los acreedores, por mucho que éste tenga la mayoría de los votos en la junta. La posición extraconcursal de los participantes en el procedimiento es ajena al «interés concursal».

El segundo punto está resuelto categóricamente por la Ley. La satisfacción final de los acreedores a través del reparto del dividendo se hará a través de una serie de criterios legalmente establecidos y que, en el Derecho español vigente, y en contra de lo que señalaba el § 3 de la *Konkursordnung* alemana, no toman como elemento central la satisfacción proporcional o *par condicio*⁵². La Ley concursal establece imperativamente una jerarquía a través de la clasificación de los créditos. Por todo ello, no puede afirmarse que la finalidad del concurso sea *la mayor satisfacción posible de los acreedores, sino la mayor satisfacción de algunos, en detrimento de otros, según un sistema de reparto legalmente establecido*.

3.3.4 EL «INTERÉS CONCURSAL» Y EL TRATAMIENTO DE INTERESES DISTINTOS AL INTERÉS DE LOS ACREDITADOS

La lectura de la Ley Concursal permite apreciar la existencia de otros sujetos protegidos y la persecución de otras finalidades ajenas a la satisfacción de personas concretas. A continuación exponemos, ordenadamente, los distintos supuestos.

3.3.4.1 *Otros intereses subjetivos protegidos*

1. No pueden dejarse completamente de lado los intereses del concursado, que es una de las partes del proceso. Como es bien sabido, el deudor común, con la apertura del procedimiento concursal no pierde la titularidad del patrimonio; se ve sometido a una prohibición de administrar y disponer y sufre una serie de efectos restrictivos en la esfera personal (deberes de colaboración, interdicciones, etc.), en beneficio del mejor desarrollo del concurso.

⁵¹ Para el Derecho italiano, expresamente, RIVOLTA, C., *L'esercizio*, pp. 123 ss.

⁵² La aplicación de la *par condicio* queda reducida a los acreedores ordinarios y al seno de cada categoría en los acreedores privilegiados y en los subordinados. Respecto del principio de proporcionalidad, v. GARRIDO, J. M., *Garantías reales, privilegios y par condicio*, pp. 97 ss.

Precisamente el hecho de no perder la titularidad de los bienes y derechos que forman la masa activa permite afirmar que le corresponde una legítima expectativa al remanente y, en su caso, a la continuación de la actividad empresarial una vez clausurado el procedimiento. Estos legítimos intereses, que en buena medida se articulan a través de una serie de facultades defensivas y de control en el seno del procedimiento (impugnaciones, presencia en ciertos trámites, legitimación paralela en el foro, capacidad de propuesta, etc.), deben también ser tenidos en consideración por los órganos del concurso en la medida en que forman, también, parte, del «interés concursal». Puede afirmarse, pues, que *la finalidad concursal consiste en la mayor satisfacción de los acreedores según el orden legal y, subsidiariamente, y en la medida de lo posible, en la tutela de los intereses patrimoniales del deudor común*.

2. Existe otro grupo de interesados en el resultado del procedimiento, cuyos componentes presentan un contenido heterogéneo: los acreedores concursales a título individual, es decir, no como titulares de crédito reconocido en la concurso, por ejemplo, los trabajadores y el interés que normalmente tendrán en la conservación del puesto de trabajo (arts. 100.2, 148, 149, etc.); los empresarios dependientes, o, más ampliamente, un sector de actividad estratégico (art. 100.1, segundo inciso), etc. La inclusión de estos sujetos en el «interés concursal» es también posible, pero a un nivel muy reducido, pues bien ocupan un puesto residual en la jerarquía de intereses, bien se limitan a supuestos muy concretos.

3.3.4.2 *La protección del interés público*

La Ley Concursal incluye igualmente una serie de objetivos de «orden público»: la protección del tráfico, en general, y del mercado, en particular, cuando prevé la extinción de las personas jurídicas que hayan liquidado la totalidad de sus bienes, sin haber satisfecho con ello a todos los acreedores (art. 178.3 LC) ⁵³; y, sobre todo, la Ley persigue la defensa del interés público a través de la sanción de determinados comportamientos reprobables del deudor (arts. 167 ss., entre otros).

El Derecho concursal vigente ha eliminado el afán sancionador del sistema derogado, subordinándolo al interés de los acreedores y de los restantes interesados. Así, ya no impide el convenio cuando

⁵³ La finalidad es evitar que continúen en el tráfico, como si de un fantasma se tratase, aquellas personas jurídicas vacías de patrimonio que sólo pueden causar perjuicios al tráfico. Detrás de esta previsión legal quizás se encuentre, también, un cierto interés legislativo por completar la tarea de «purificación» del mercado.

el deudor persona física haya observado un comportamiento merecedor de reproche, como hacía anteriormente el Código de comercio para los supuestos de quiebra fraudulenta. Aquella regulación proscribía taxativamente el acuerdo en estos supuestos, aunque éste hubiese sido muy favorable para los acreedores ⁵⁴. Pero quizás donde mejor se aprecie la voluntad de «sacrificio» del «interés público abstracto» (la sanción de posibles comportamientos reprobables y, por tanto, la protección del mercado) a favor del «interés público concreto» que representa el «interés concursal» se aprecie en el artículo 163.1-1.^º de la Ley Concursal. En el mismo se establece que la pieza de calificación sólo se abrirá cuando el procedimiento concluya con la liquidación o con un convenio con quitas superiores a 1/3 o con esperas mayores de 3 años. Es decir, si un deudor ha causado un daño «pequeño» a sus acreedores, el Ordenamiento jurídico «mira hacia otro lado» y no abre la pieza destinada a depurar responsabilidades ⁵⁵. Se trata de una norma destinada a adelantar el momento en que se abre el concurso y, con ello, conseguir una mayor satisfacción de los acreedores.

3.3.5 LA REALIZACIÓN DEL «INTERÉS CONCURSAL»: LA JERARQUIZACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS INTERESES INCLUIDOS EN EL CONCEPTO

Se hace necesario establecer los criterios que deberán seguir los órganos del concurso para solucionar los *conflictos de intereses* que surjan entre los distintos sujetos implicados en la insolvencia.

3.3.5.1 *La administración de la masa, el riesgo y los conflictos entre «grupos» de interesados*

1. Desde la perspectiva de la actividad de administración de los administradores concursales, la tutela del «interés del concurso» (objetivo final) se debe hacer a través de una serie de actuaciones relacionadas con la masa activa (objetivos intermedios), cuyo cumplimiento desembocará en la finalidad definitiva del proceso.

A) Sin duda, un primer «objetivo intermedio» que han de perseguir los administradores del concurso, que constituye un *prius* respecto de los siguientes, consiste la *maximización de la masa activa*. El órgano tiene el deber de ejercitar sus competencias de

⁵⁴ Esta regla de la quiebra no debe confundirse con las prohibiciones legales a presentar convenio anticipado del concurso actual (art. 105 LC). Es cierto que no todo deudor puede acceder al trámite, pero no lo es menos que se trata, en buena medida, de un beneficio procesal, pues nada le impide repetir la propuesta en un convenio ordinario.

⁵⁵ Naturalmente, estas afirmaciones son sólo válidas para las actuaciones antijurídicas del ámbito civil. Las eventuales responsabilidades penales o tributarias son exigibles con total independencia del resultado final del concurso de acreedores.

administración del patrimonio de manera que se obtenga *el máximo valor de la masa activa concursal*⁵⁶. Esta conclusión se deduce de declaraciones dispersas en varios preceptos de la Ley Concursal: artículo 35.1, 43.1, 44.3, 61.2, 68-70, 71, etc. LC⁵⁷. En todos ellos se establecen deberes de diligencia en la actuación de los administradores, se les conceden instrumentos para engrosar la masa y se les dan instrucciones para la obtención del mayor rendimiento al patrimonio. El órgano debe, pues, llevar a cabo una administración que procure no sólo la conservación estricta del patrimonio, en el sentido de mantenimiento del valor de los elementos que lo integran, sino también la maximización del valor de la masa a través de aquellas actuaciones que puedan incrementar su rendimiento económico.

B) Un segundo «objetivo intermedio», que coadyuva a dar sentido al anterior, y que normalmente surge sólo en la última fase del concurso, consistiría en la *búsqueda de la mejor liquidación posible del activo previamente maximizado*.

Salvo, claro está, que se haya concluido un convenio de continuación. Pero la ejecución del convenio es algo ajeno a la administración concursal, que cesa en el mismo momento de la eficacia del acuerdo (art. 133.2, inciso segundo LC). Desde que se aprueba el convenio hasta la fecha de la sentencia que lo aprueba los administradores concursales no tienen que llevar a cabo actuaciones previstas en el convenio, sino que siguen bajo el mismo mandato imperativo que antes de la aprobación. El contenido de lo acordado es ajeno para ellos. Aunque se prevea que una comisión que supervise el cumplimiento de lo pactado y ésta se integre por los mismos sujetos que oponían la administración concursal, no se tratará ya del mismo órgano.

En realidad, una vez en fase de convenio, y hasta que éste se aprueba (o si no llega a aprobarse), la finalidad intermedia de los órganos del concurso es la enunciada en el apartado anterior (la maximización de la masa activa). Una vez aprobado el convenio, el único órgano que tiene una labor de tutela del «interés del concurso» es el juez, y ésta se encuentra muy limitada: se articula exclusivamente a través de las causas de oposición (y, además, sólo entra en juego en caso de que alguien impugne el acuerdo). Esto se expli-

⁵⁶ En este primer punto coinciden todas las teorías explicativas de los procedimientos concursales. Es, por ejemplo, el objetivo declarado del modelo de *creditors' bargain*: la maximización del *common pool* (v., por todos, JACKSON, T., *The logic*, pp. 10 ss.) y uno de los fundamentales para las posiciones críticas con este tipo de análisis (v. WARREN, E., «*Bankruptcy policymaking in an imperfect world*», Mich. L. Rev., núm. 92, 1993, pp. 336 ss., especialmente 344 ss.).

⁵⁷ Igual que ocurría en el sistema derogado. El artículo 1073 del Código de 1829 atribuía a los administradores concursales la administración de todos los bienes y pertenencias de la concurso a uso de buen comerciante, la recaudación y cobranza de los créditos de la masa, el pago de gastos necesarios para su conservación y beneficio, la defensa de todos los derechos de la concurso, etc.; pero no era éste el único precepto: artículos 1014, 1017, 1218 LEC 1881, etc.)

ca por la propia naturaleza del concurso de acreedores. Los acreedores son los principales destinatarios de la tutela del proceso y, en caso de convenio aprobado, ellos han decidido libremente cómo debe tutelarse su interés. Es, por tanto, lógico, que los órganos del procedimiento no puedan sustituir su voluntad (más allá de situaciones patológicas: arts. 128 y 131 LC).

También en este punto existe apoyo normativo expreso. La Ley asigna a los administradores concursales el deber de elaborar un plan de liquidación que contemple, a ser posible, la enajenación unitaria de los establecimientos y de las unidades productivas y, por ende, consecución de un mayor valor. Junto a la previsión del plan, se determinan una serie de normas legales supletorias (art. 149) en que se detallan las formas de realización que –previsiblemente– permitirán la obtención de un mayor precio por la masa ⁵⁸. Basta una lectura rápida de estos preceptos para darse cuenta de que con las previsiones la Ley predetermina los modos de liquidación que considera van a conseguir un mejor resultado. Las transmisiones agregadas de bienes y derechos como objeto o las subastas como método no son un fin en sí mismo, de modo que, tras ciertos trámites de control, la administración concursal puede recurrir a otros métodos de enajenación si ello permite obtener una mejor y más eficiente liquidación ⁵⁹.

2. Pues bien, en la realización de los «objetivos intermedios» descrita en el apartado anterior, los órganos del concurso han de actuar como un técnico que adopta decisiones técnicas sin trascendencia subjetiva. Las diferencias jerárquicas entre distintos grupos de interesados *no debe trascender a la actividad del órgano de administración del concurso (ni, a fortiori, en las decisiones del*

⁵⁸ Aunque con contenidos adaptados a su tiempo, algo similar ocurría en el Derecho derogado, sistema liquidativo *ab origine*. Así, por ejemplo, y entre otros, el artículo 1084 del Código de Sainz de Andino señalaba que los «síndicos, atendida la naturaleza de los bienes y consultando la mayor ventaja posible a los intereses de la concurso propondrán la realización de la venta en los tiempos oportunos». Sin embargo, ya entonces la consecución del segundo objetivo intermedio tenía un rango de «principio» concursal superior al conjunto de normas individuales que reglamentan la liquidación de los bienes. Quizás en el momento en que se promulga el Código aquéllas fuesen la plasmación práctica de «la mejor liquidación posible» y, por tanto, la detallista regulación era una forma de tutelar su realización práctica. Sin embargo, ya en los últimas décadas de vigencia del sistema, en la mayoría de las ocasiones la liquidación del patrimonio concursal ofrecía mayores réditos a través de la búsqueda de ventas «agregadas», bien de la totalidad de la empresa «en funcionamiento», bien de ramas de actividad definidas. Las consecuencias de una actuación inadecuada de la sindicatura en este sentido, obviando mejores opciones para la masa, por ejemplo, la enajenación en bloque de un establecimiento mercantil, o de una rama de actividad, con la consiguiente pérdida para la masa (lucro cesante), podía haber tenido consecuencias de orden interno, fundamentalmente consistentes en la exigencia de responsabilidades (en algún caso puede esconder la voluntad de los administradores concursales de eliminar a un competidor del tráfico).

⁵⁹ Esto no sólo se ve en la fase de liquidación, sino en todo caso en la realización de los bienes y derechos afectos por una garantía (art. 155.4 LC).

juez sobre aquéllas). La separación entre la mayor satisfacción de los acreedores y el provecho exclusivo de algunos se da sólo en la fase de reparto del dividendo, pero *en ningún caso debe ser tenida en cuenta por la administración concursal en el ejercicio activo de su función*. Es decir, sea cual sea el sistema final de reparto, el «interés concursal», al menos en lo que concierne a su virtualidad como mandato imperativo para los administradores concursales, se concreta en la búsqueda de *la mayor satisfacción de los acreedores como unidad, sin distinciones* (como si «sólo hubiera un acreedor»).

En su comportamiento anterior al reparto, la administración concursal, aunque sea consciente de la existencia de preferencias entre acreedores, no puede en ningún momento actuar como si ello tuviese relevancia. Así, por ejemplo, el hecho de que los créditos de los trabajadores tengan un privilegio o que deba pagarse a los acreedores de la masa en prededucción no quiere decir que la administración concursal, en el desarrollo de la administración, deba tener presentes los intereses de estos en mayor medida.

3. Al establecerse un criterio escalonado de reparto, en el que unos cobrarán con anterioridad a otros, la posibilidad de que se dé un *conflicto de intereses* entre los distintos grupos de acreedores es alta⁶⁰. En la gran mayoría de los supuestos no habrá suficiente patrimonio para satisfacer íntegramente a todos los acreedores. Por ello, aquellos acreedores que se encuentren entre los primeros en la escala de pago (los acreedores de la masa) o en la recepción del dividendo (los acreedores privilegiados, por ejemplo) tendrán mayor interés en una administración especialmente conservadora. Por el contrario, los titulares de créditos situados en la más bajo del «escalafón» preferirán la adopción de políticas administrativas arriesgadas que aumenten su expectativa de cobrar algo. En el primer caso, los acreedores no tienen nada que ganar y, en el segundo, nada que perder. Este conflicto se da a todos los niveles, y a medida que la masa activa sea más pequeña en relación con la pasiva, se dará entre acreedores con la pretensión a mayor nivel en la escala de cobro.

Los posibles conflictos señalados pueden encuadrarse en dos grupos: en primer lugar, el que acontece entre acreedores concursales (simplificando, privilegiados contra ordinarios); en segundo, el que surja entre éstos últimos y los acreedores de la

⁶⁰ En realidad, el conflicto se da entre los distintos grupos de interesados, no sólo entre acreedores (acreedores ordinarios frente a los subordinados; éstos frente a accionistas, etc.). Nos centramos en el conflicto entre los dos grupos de acreedores que se encuentran en una posición más elevada a título ejemplificativo y porque se trata del conflicto que tiene más posibilidades de producirse en la práctica (*id quod plerumque accidit*).

masa. En el primer supuesto, la aplicación de la regla antes enunciada lleva a la conclusión de que la administración concursal, a la hora de decidir si lleva o no a cabo determinada actuación, *deberá valorar el riesgo como si todos los acreedores fuesen a beneficiarse o a ser perjudicados por igual*. Habrá, pues, de aplicar un nivel de riesgo acorde con la situación, pero sin reducir ni aumentar el nivel medio exigible a los gestores concursales por el hecho de beneficiar a uno o a otra clase de acreedores. El segundo supuesto, a nuestro modo de ver, debe recibir idéntico resultado aunque no pueden ignorarse sus especialidades. Se da cuando el concurso tiene un patrimonio tan –relativamente– escaso que el *conflicto se plantea entre los acreedores concursales en mejor posición y los acreedores de la masa*. Puede argumentarse que una mayor protección de estos sujetos, o, traducido al supuesto en estudio, un especial cuidado a la hora de actuar por la administración concursal, asumiendo un nivel de riesgo menor que el normalmente exigido, acabará redundando en un beneficio para los acreedores concursales porque los sujetos del tráfico estarán dispuestos a contratar con el gestor de un deudor concursado en mejores condiciones (puesto que, se afirma, la onerosidad de las condiciones del negocio jurídico va en función del riesgo)⁶¹. El argumento, de escaso peso, no parece suficiente para modificar el estándar de comportamiento de los administradores concursales⁶². Cuando un sujeto contrata con la administración concursal sabe, porque ésta ha actuado *en su condición de órgano*, que la contraparte en el negocio jurídico está en situación de insolvencia. Si ello no le parece suficiente siempre puede exigir un derecho de garantía (algo que la administración concursal, con la concurrente anuencia –en su caso– del juez, estaría en perfectas condiciones de pactar si con ello se beneficia al «interés del concurso»). Y es que, en fin, el sujeto que se relaciona con la masa no tiene ningún motivo para esperar un comportamiento distinto al que podría esperar de cualquier otro sujeto en el tráfico: puede exigir que la contrapar-

⁶¹ La razón última que subyace a esto es la propia esencia de las deudas de la masa. Éstas se cobran en pre-deducción porque se incurre en ellas precisamente en beneficio, siquiera mediato, de los acreedores concursales: v. BELTRÁN, E., *Las deudas de la masa*, Zaragoza-Bolonia, *Studia Albornotiana*, 1986, pp. 51 ss., *passim*. El razonamiento es sencillo: si el riesgo se dejara recaer sobre los acreedores de la masa, nadie querría contratar con la administración concursal y, a la larga, saldrían perdiendo los acreedores del deudor concursado.

⁶² De hecho, uno de los temas «clásicos» en la responsabilidad de los administradores versa sobre el posible deber de resarcimiento del órgano ante los acreedores de la masa por el impago de sus créditos (v., en detalle, TIRADO, I., *Los administradores concursales*, pp. 716 ss.). Es decir, en el fondo, la solución a este problema depende de la solución que se dé a la forma de actuar de los administradores y al nivel de riesgo que han de asumir.

te no asuma riesgos que excedan el normal desarrollo de su actividad, nivel de riesgo que ha podido calcular él mismo con anterioridad⁶³. Aceptar otra solución abocaría a la administración concursal a observar necesariamente un comportamiento excesivamente conservador, limitando artificialmente sus posibilidades de actuación y podría acabar por producir un perjuicio extraordinario a los acreedores concursales.

4. Los administradores han de observar un administración «conservativa» del patrimonio concursal, acomodando su actividad a unos niveles de riesgo reducidos. Los administradores concursales son un órgano «transitorio», como tantos otros órganos de administración que se hacen cargo de masas patrimoniales de destino. Esa transitoriedad y, sobre todo, ese destino, hacen que su actividad de administración patrimonial esté *predeterminada*. No es lo mismo la administración de una masa patrimonial *in bonis* que la administración de un patrimonio insolvente⁶⁴. En el caso de concurso, el órgano de administración administra un patrimonio empresarial en funcionamiento, con todas las especialidades que ello conlleva, y, además, se trata de la administración de un patrimonio destinado, en una momentánea situación de «congelación» (hasta que se decida su destino: convenio o liquidación), lo que, también, trae sus consecuencias. La administración concursal debe partir del riesgo propio de las circunstancias, es decir, de la situa-

⁶³ El problema se identifica con los «costes de agencia» generados por lo que la ciencia jurídico económica –originariamente, al hilo del análisis de los seguros– ha denominado «riesgo moral» (o, de manera más imprecisa, «azar moral», *moral hazard*; al respecto, v. el origen del análisis en Ross, «*The economic theory of agency: the principal's problem*», en Am. Ec. Rev., núm. 63, 1973, pp. 134 ss.; en la literatura española, v., por todos, ARRUNADA, B., *Teoría contractual de la empresa*, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 141 y GARRIDO, J. M., *Garantías*, pp. 37 ss.). Se trata de un comportamiento «estratégico» del deudor en un negocio jurídico: éste, tras haber obtenido crédito en determinadas condiciones, con base en las cuales se ha determinado el nivel de riesgo y, consecuentemente, los tipos de interés de la operación, decide variar su comportamiento realizando actividades que incorporan un nivel de riesgo mucho mayor. Sin duda una de las maneras de reducir este «riesgo moral» pasaría por reconocer la existencia, para la administración concursal, de una obligación de actuar de manera especialmente conservadora. Pero, ciertamente, se trata de una posibilidad innecesaria y perniciosa. Los acreedores de la masa están suficientemente protegidos por el sistema de prededucción, las posibilidades de «autodefensa» que estaban en su mano a la hora de contratar con la administración concursal y, en fin, con el desarrollo de un nivel de riesgo normal por parte del órgano concursal.

⁶⁴ En un supuesto normal del primer tipo, los administradores llevarán a cabo su actividad con una perspectiva temporal indefinida y persiguiendo el fin asignado según las características de la masa que administran. Cuando este supuesto consiste en una actividad empresarial, se actúa con ánimo de lucro, normalmente con una perspectiva temporal indefinida, y se administran los factores de producción de acuerdo con las reglas del mercado. Esto implica tanto la realización de inversiones (aunque sean de mantenimiento) como el funcionamiento continuado para, así, captar activos que, en caso de paralización, se perderían. Por el contrario, por poner otros ejemplos de administraciones transitorias, el tutor del incapaz o el ejecutor testamentario llevarán a cabo una labor de administración estrictamente conservativa: administrarán para mantener el valor del patrimonio en tanto se recobra la capacidad o se distribuye la herencia.

ción concursal, en sentido amplio, y del tipo de concurso, más en concreto⁶⁵.

La conservación de un patrimonio empresarial no es igual que la conservación de un conjunto inconexo de bienes. La «conservación» de una masa patrimonial siempre implica la conservación del «valor». Como muy bien entiende la Ley, la primera medida para mantener el «valor» de una empresa es, salvo en casos excepcionales, mantenerla en funcionamiento. El funcionamiento de una empresa implica una gestión ordinaria, es decir, el mantenimiento de la misma actividad que se iba desarrollando. Pero, además de los ámbitos directamente «heredados», en la actividad empresarial surgen siempre «oportunidades de negocio». La valoración de una empresa, aunque tenga una duración limitada, se basa, fundamentalmente, en las perspectivas de futuros rendimientos, y esto no puede obviarse.

Esto se comprende mejor adoptando la perspectiva de los acreedores, que es, a fin de cuentas, la que aquí interesa. Cuando los acreedores concedieron crédito al deudor solvente, previsiblemente, lo hicieron adoptando una decisión racional. Los acreedores asumieron un riesgo que, en principio, ninguno debería obligar a alterar. Piénsese, por ejemplo, en el caso que se pretende como «paradigmático» de concurso: el de una sociedad que tiene dificultades pero que puede sanar. En esos casos, la alteración del nivel de riesgo en la gestión patrimonial es una alteración de las condiciones inicialmente pactadas y, por tanto, ha de justificarse (*moral hazard*). En realidad ese «riesgo moral» se da para algunos acreedores y no para otros. Los acreedores que tengan una mejor posición de cobro (un privilegio, por ejemplo) esperan una actuación estrictamente conservadora, mientras que los restantes preferirían una actividad con un elevado nivel de riesgo. Ambas situaciones se radicalizan cuando mejor sea su situación, en el primer caso, o más postergada, en el segundo. *La solución no está con unos ni con otros*. Los mejor situados no pueden solicitar una actividad especialmente conservadora porque ya tienen su propia garantía. Los ordinarios no pueden esperar un alto riesgo, pero sí tienen derecho a que no se les modifique enteramente la situación objetiva sobre la que adoptaron la decisión de conceder crédito. Los acreedores ordinarios concedieron crédito a «una empresa», y, por tanto, pueden esperar legítimamente que el deudor siga desplegando, al menos mínimamente, la misma actividad que desarrollaba, pues el riesgo que asumió el prestamista se basaba en expectativas que se correspondían con un comportamiento esperado.

Como se ha señalado, los administradores han de intentar *maximizar* el valor del patrimonio concursal, para lo cual cuentan con posibilidades restringidas (dificultades en el acceso al crédito, situación informativa confusa, posible sector con problemas, etc.).

⁶⁵ Así, en caso de concursado no empresario, el riesgo *debe ser algo inferior* al del no empresario *in bonis*; cuando hay una empresa en marcha, el riesgo debe ser inferior al del no empresario solvente, pero superior al que podría asumir un concurso no profesional o empresarial.

Ante esta situación, la labor de maximización debe hacerse con un nivel de riesgo bajo, pero, a nuestro modo de ver, *baja tasa de riesgo no significa tasa nula*. Si se impide todo riesgo, es decir, si los administradores no pueden realizar nada que no sea la mera y automática suplantación de un bien por otro del mismo valor, o por otro que permita mantener el valor de uno de los bienes⁶⁶, estamos *disminuyendo el valor de la empresa, justo lo contrario que queríamos hacer*. A nuestro modo de ver, los administradores concursales no solo pueden comprar un inmueble que, con altas cotas de probabilidad, se va a revalorizar brevemente, o participar en una oportunidad de mercado de bajo riesgo, sino que *deben hacerlo* (de lo contrario incumplirían el deber de administración diligente de la masa). En muchas ocasiones, la pérdida de un oportunidad de negocio hace inviable el futuro de una empresa (por ejemplo, si se pierde una oportunidad especial de renovación de bienes de equipo, con la consecuencia de la obsolescencia de la empresa). En esos casos, la inactividad de los administradores dificultará en gran medida el convenio o, sobre todo, la liquidación por ramas de actividad. No haber querido invertir supone lo contrario de conservar. Dónde está la tasa de riesgo es algo que no puede determinarse con exactitud. *El concursado debe mantenerse en inversiones que tengan una tasa de riesgo baja, aunque el rendimiento esperado también lo sea*. Aun a riesgo de simplificar excesivamente, valdría decir que, al adoptar decisiones de inversión, los administradores han de optar por invertir en proyectos que tengan una probabilidad alta, aunque la ganancia esperada sea menor.

Esta interpretación se sustenta, en fin, en la propia literalidad de la Ley Concursal. El artículo 43 establece que, «[...] en el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa se atenderá a su conservación *del modo más conveniente para los intereses del concurso*». Si la Ley persiguiese una estricta conservación, no se entiende la segunda parte de la frase. El precepto no se contenta con señalar que «se atenderá a su conservación»; al hacer referencia al «modo más conveniente para los intereses del concurso» se está dejando abierta la posibilidad de realizar aquello que, dentro del contexto propio de la insolvencia, convenga al concurso. Por esta puerta «entran» las posibilidades de inversión. De lo contrario ambos términos del precepto pueden ser contradictorios: puede que se dé una situación en la que «conservar», en sentido estricto, no sea «lo más conveniente» para el concurso. La conservación es el punto de partida; la conveniencia, la finalidad especial que permite salirse del «corsé» inicial de la actividad.

5. Con las reflexiones de los números anteriores de este apartado tenemos las claves para resolver los conflictos de intereses que se produzcan entre acreedores, cuando el riesgo en la toma de decisiones (en este caso de la administración concursal y, a través

⁶⁶ Contra, sin embargo, MARTÍNEZ, A., «Comentario al artículo 43», en Rojo-Beltrán, Comentario de la Ley Concursal, (Civitas) Madrid, 2004, t. I, p. 891.

de la preceptiva autorización, del juez) no venga referido directamente a la administración de la masa activa. En estos casos, tomando como presupuesto las perspectivas favorables de la operación escogida y la existencia de un nivel de riesgo bajo, la decisión ha de adoptarse «como si sólo hubiera un acreedor», con criterios estrictamente técnicos de maximización patrimonial⁶⁷. Un ejemplo resultará ilustrativo.

La sociedad A, dedicada a la fabricación de colchones, se encuentra en concurso de acreedores. Para simplificar el ejemplo asumimos que sólo hay dos tipos de acreedores: los acreedores con privilegio general, a los que se debe un total de 120.000 euros; y los acreedores ordinarios, cuyos créditos suman más de 300.000 euros. Para reducir aún más las variables suponemos que hay un solo administrador concursal (Ticio) y que el procedimiento se encuentra en fase de liquidación⁶⁸. A Ticio se le han acercado dos compañías interesadas en la posible adquisición de la empresa insolvente. Las ofertas tienen las características siguientes:

* Operación 1: realizada por «X,S.A.», un importante distribuidor de muebles que considera la posibilidad de producir su propio material; se ofrece la entrega en efectivo de 100.000 euros; el oferente es un empresario de gran solvencia y conocida seriedad y, por tanto, la operación no tiene incertidumbre, aunque para ello debe realizarse con presteza.

* Operación 2: realizada por «Y, S.A.», un competidor agresivo que quiere aprovechar las sinergias de ambas producciones; Ticio calcula que podría llegar a conseguir hasta 180.000 euros de este oferente; la volatilidad del mercado en el momento de la posible operación y otra serie de circunstancias hacen que la operación no sea segura.

Aunque llevará unas cuantas semanas, pues «Y, S.A.» necesita hacer sus comprobaciones, Ticio calcula que hay un 65% de probabilidades de éxito en la negociación en la operación 1 (y, por tanto, de un 35% de fracaso). Ahora bien, si fracasa esta operación, es

⁶⁷ Como ya se señaló, la reforma de la legislación concursal británica impulsada por la *Enterprise Act 2002* establece el *insolvency practitioner* a cargo del procedimiento de *administration* ha de tomar las decisiones «*in the interest of the creditors as a whole*». Esta expresión, que quiere decir que ha de decidirse «como si sólo hubiera un acreedor», supuso un cambio muy importante respecto al Derecho anterior, en el que el administrador era normalmente nombrado por un banco (el titular de una garantía general sobre el patrimonio –*floating charge*–) y sólo tenía deberes fiduciarios hacia el mismo. Antes de la reforma, pues, ante un conflicto entre el acreedor con garantía general y los demás acreedores, la decisión debía considerar únicamente el interés de aquél. La nueva normativa ha alterado esta situación –estos deberes de conducta de los órganos concursales– y se interpreta en el mismo sentido que el propuesto en el texto (al respecto, v. las consideraciones y ejemplos de ARMOUR, J./MOKAL, R., *«Reforming the governance of corporate control»*, pp. 28 ss.).

⁶⁸ En esencia, el ejemplo sería igualmente válido para el supuesto de que el procedimiento se encontrase en la fase común o en la fase de convenio.

casi seguro que «X, S.A.» retirará su oferta, ya que ésta se produce ante la acumulación de un importante remanente de caja que, transcurrido el tiempo, se destinaría a otros usos. Si fracasan ambas operaciones, Ticio calcula que podría liquidar los bienes y derechos de la compañía por un máximo de 40.000 euros. ¿Qué debe hacer Ticio (y el Juez, ante la solicitud de autorización de aquél)? Analicemos los valores esperados de la operación, desde una perspectiva objetiva, primero, y desde una subjetiva (según los acreedores por clases), después. Para ello se deberán multiplicar las probabilidades de acaecimiento del suceso por el valor esperado del mismo.

* Desde una *perspectiva objetiva*, el valor esperado de la operación 2, teniendo en cuenta los réditos esperados y la incertidumbre, es el siguiente: [la probabilidad de que se cierre la operación 2 por el rendimiento esperado de la operación, más la probabilidad de que no ocurra multiplicada por el rendimiento esperado del fracaso en la operación] $0,65 \times 180.000 + 0,35 \times 40.000 = 131.000$ euros. Sin embargo, el valor de la operación 1, que no tiene incertidumbre, es de 100.000. Según esta perspectiva, pues, la administración concursal debería intentar cerrar la operación 2, aunque ello le supusiese arriesgar la pérdida de la opción 1 y tener que ir a una liquidación activo por activo y perder gran parte del valor de la masa, pues, analizado con una perspectiva técnica objetiva, una operación tiene un rendimiento esperado de 131.000 euros y otra sólo de 100.000.

* Si esta operación se analiza desde la *perspectiva subjetiva*, la cosa cambia. Bastará con estudiar la situación en que se encuentran los acreedores privilegiados ante la alternativa planteada. Para éstos, la operación 1 supone el pago seguro de 100.000 euros⁶⁹. La operación 2, por el contrario, podría suponer la satisfacción completa de sus créditos, aunque con incertidumbre. Así, aplicando el método probabilístico anterior, los acreedores privilegiados tendrían, en la operación 2, el siguiente retorno esperado: $0,65 \times 120.000$ (pues es todo lo que se les debe) $+ 0,35 \times 40.000 = 92.000$ euros. En otras palabras, con la opción 1, los acreedores privilegiados tienen más posibilidades de satisfacer sus créditos en mayor medida que con la opción 2 (100.000 euros frente a 92.000 euros).

Pues bien, a nuestro modo de ver, la solución está en adoptar aquella decisión que maximice el valor de la masa, con independencia de los intereses subjetivos implicados. Ante el caso propuesto, la administración del concurso debería seguir las negociaciones para cerrar la segunda operación⁷⁰.

⁶⁹ Pues, es evidente que a los acreedores ordinarios les conviene la operación 2, la que tiene riesgo, pues con la operación 1 el dinero obtenido con la transmisión de los activos iría íntegramente a parar a manos de los acreedores privilegiados.

⁷⁰ Naturalmente, en la realidad práctica es difícil que se puedan calcular las probabilidades con tanta precisión, tanto por falta de datos como por falta de tiempo para analizar la

3.3.5.2 *Los criterios para la solución de los conflictos: distinción preliminar*

Hay que diferenciar entre dos tipos de conflictos: los conflictos intersubjetivos (conflictos entre acreedores, entre acreedores y deudor, entre éstos y terceros) y los conflictos entre los interesados y el «interés público» (acreedores, deudor o terceros frente a la protección del mercado o la sanción de comportamientos reprobables). Los primeros se solucionan aplicando una suerte de sencilla estructura piramidal, según la cual las distintas clases o grupos de interesados se ordenan jerárquicamente de modo estricto, de forma que todo conflicto concreto debe solventarse siempre en beneficio de aquel grupo que se encuentra en el estrato superior. Los segundos se solucionan siempre a favor del «interés público».

En este punto último punto se da una paradoja. El interés privado de los sujetos incluidos en el «interés concursal» se eleva a la categoría de «interés público» por el legislador. Esto se aprecia –como se ha ya señalado– en una cierta subordinación de la protección pública en sentido estricto (potestad sancionatoria del Estado, protección del mercado) ante los intereses de los privados afectados por la insolvencia del deudor en el tráfico (por ejemplo, no abriendo la sección de calificación en caso de convenio poco gravoso). Pero esta «renuncia» es parcial. El Estado no renuncia a su potestad sancionadora, por ejemplo. En aquellos casos en que establece una sanción pueden surgir conflictos con los acreedores. Cuando así sea, el conflicto se resolverá en detrimento de los particulares debido a la expresa tipificación de la sanción. El «interés del concurso» es un instrumento interpretativo, y, por tanto, su eficacia queda circunscrita a las reglas generales de interpretación. Cuando existe un precepto y la literalidad del mismo no admite más que una interpretación, ésta no puede ser ignorada, por mucho que ello perjudique a los acreedores.

En realidad, los conflictos entre el «interés público» en sentido estricto y el de los sujetos incluidos en el «interés concursal» son excepcionales y, por tanto, no se altera en gran medida la relevancia práctica de la conceptualización del «interés del concurso».

3.3.5.3 *La «jerarquía piramidal» para solucionar conflictos intersubjetivos*

1. En primer lugar, en la cúspide, se sitúan *los acreedores concursales* del deudor, en su condición de tales (acreedores de

disyuntiva. Por eso, en la mayor parte de los casos, los órganos del concurso optarán por la primera opción, que asegura un retorno aceptable para los acreedores de las escalas superiores.

la masa, acreedores concursales). Los administradores del concurso, a través de la maximización del valor de la masa activa y, en su caso, de la mejor liquidación posible, tienen como objetivo principal la satisfacción, en tanto como sea posible, de los intereses de los acreedores, cuya magnitud y posición jurídico-concursal se cuantifica en el reconocimiento y calificación realizadas en el concurso. La medida en que cada uno de los créditos es receptor del «dividendo» obtenido es algo predeterminado por la normativa y, por supuesto, la administración concursal debe respetar el sistema de reparto, no alterándolo –es decir, sin «preferir» a unos acreedores sobre otros–.

2. En segundo lugar se sitúa el otro participante en el procedimiento, el *deudor común*. Sus intereses deben ser tomados en consideración y, en buena medida, la satisfacción de los mismos está «alineada» con la satisfacción de los acreedores «en cuanto tales»: al satisfacer el crédito se reduce, en igual proporción, la deuda. Incluso la expectativa de continuidad del deudor se sitúa en términos pacíficos con la satisfacción del nivel anterior, pues si la empresa sigue viva es porque se han satisfecho los créditos o se ha llegado a un convenio en tal sentido (y parece lícito presumir que los acreedores no han concluido un convenio que les perjudique). Fuera de estos supuestos de interés paralelo, cualquier conflicto de interés «concursal» entre los acreedores y el deudor debe resolverse en beneficio de aquellos⁷¹. Sin embargo, si no existe un verdadero conflicto, la administración concursal tiene la obligación de tomar en consideración al deudor. *El órgano concursal ha de abstenerse de realizar todo aquello que, sin beneficiar a los acreedores, perjudique al concursado.*

Piénsese, por ejemplo, en la siguiente situación: los administradores concursales se encuentran ante la disyuntiva de llevar o no a cabo una actuación que permitiría la rápida satisfacción de los acreedores pero, a su vez, impediría la supervivencia de la empresa, pudiendo retrasar este acto un tiempo sin causar daño a los acreedores. En este caso, según el enfoque aquí defendido, la administración concursal debería optar por esperar. Pero ello siempre y cuando, efectivamente, no hubiese duda razonable de la inexistencia de perjuicio para los acreedores, lo que debería naturalmente tomar en consideración los intereses del tiempo transcurrido entre que efectivamente se realiza la actuación y el momento en que

⁷¹ Pero, conviene recordarlo una vez más, el interés del deudor queda subordinado al de los acreedores en *cuanto acreedores concursales*. Así, por ejemplo, si conviene a la masa activa la continuación temporal de la empresa, el interés del deudor en que se reduzca su pasivo sería superior al interés de los acreedores, aunque sea de todos ellos, en que se detenga la actividad por ser aquellos competidores del concursado.

pudo inicialmente hacerse: es decir, para entender que no hay perjuicio hay que tomar en consideración el valor del factor tiempo, lo que se debería hacer conforme a criterios objetivos de mercado (tipos de interés; no la valoración subjetiva de unos acreedores a los que puede convenir la celeridad por motivos extraconcursales, que no pueden ser considerados). En la práctica esto se podrá resolver así en no muchas ocasiones, puesto que la supremacía de los intereses de los acreedores obliga al órgano a actuar en favor de la masa pasiva si existe duda razonable sobre el acaecimiento de un posible perjuicio (*more likely than not*), algo que, en el ámbito de la economía, suele ser habitual (las decisiones en el mercado, por el número de imponderables, casi siempre implican un grado de riesgo) ⁷².

Y, como otra cara de la moneda, no podrá negarse a colaborar en una actuación que, sin ofrecer riesgo alguno para la masa, convenga al deudor (por supuesto estará también obligado si esa actuación beneficia inequívocamente a los acreedores, pero ello no por que deba tal conducta al deudor, sino a aquéllos) ⁷³.

Piénsese, por ejemplo, la propuesta de realización de un aumento de capital ordinario, con nuevas aportaciones de fondos. En este caso, sólo puede producirse un beneficio para la masa y, en consecuencia, los órganos del concurso no podrían oponerse a promover la asignación de fondos para la convocatoria, celebración y ejecu-

⁷² El conflicto existente entre los acreedores y el deudor no tiene la misma naturaleza que el conflicto entre acreedores. La compañía (*rectius*, sus socios) han asumido el riesgo de pérdida de la inversión frente a los acreedores; esto, que no se da necesariamente entre los propios acreedores, es justo lo contrario que ocurre entre los acreedores y la sociedad: aquellos en ningún caso pueden aceptar que la incertidumbre de una operación se cargue sobre sus espaldas en –posible– beneficio de ésta. El «criterio objetivo» defendido para solucionar los conflictos entre acreedores no opera en el conflicto entre éstos y la compañía.

⁷³ Esto encuentra correspondencia con el hecho de que el desapoderamiento del concursado no va más allá de lo estrictamente necesario para facilitar la satisfacción de los acreedores. El deudor o, más concretamente, los gestores del mismo (normalmente el órgano de administración de la sociedad concursada), si continúan activamente al frente de la empresa, desarrollarán sus funciones con igual finalidad que antes: defender los intereses del empresario. La única diferencia radica en el hecho de que, por la situación de insolvencia y el desapoderamiento, ya no podrán procurar la realización del objeto social sino que el objetivo que persiguen se ve imperativamente modificado. Desde la apertura del concurso y la determinación de la suspensión, su actividad se centrará en mejorar la posición del deudor en el seno del procedimiento y, en su caso, en intentar la supervivencia. Para ello podrán plantear todas las medidas que estimen necesarias, pero, en cuanto ello afecte en alguna medida a la masa activa –y, por tanto, a la pasiva–, la virtualidad de las facultades termina precisamente ahí, en la mera capacidad de propuesta. Incluso aunque sea muy improbable el acaecimiento sobrevenido de un daño para los acreedores, la valoración del riesgo corresponde exclusivamente a la administración concursal. Si se equivoca, en su caso, se le podrán exigir responsabilidades (art. 36 LC). Pero en tanto la actitud propuesta sea indudablemente favorable no sólo para el concursado proponente, sino también para los acreedores concursales, el administrador concursal no podrá negarse a llevar a cabo aquello que sea necesario para la realización del acto.

ción del acuerdo ⁷⁴. La coincidencia de intereses entre el deudor y los acreedores puede darse de manera frecuente en el ámbito de la administración de la masa ⁷⁵.

3. Por último, el tercer grupo de interesados que forman parte del «fin concursal» ocupa una posición postergada. La toma en consideración de las «pretensiones» de estos sujetos, con independencia del juicio que ello merezca, o no aparece en la Ley Concursal, o lo hace sólo en determinados casos muy concretos, ante actuaciones determinadas ⁷⁶.

3.1 Mención especial merece la situación de los trabajadores, en cuanto partes de una relación laboral (no como acreedores o, si se prefiere, como acreedores futuros). Es indudable que la Ley persigue la minimización en las pérdidas de puestos de trabajo, en la medida de lo posible. Esto se ve con claridad al fomentar -repetidamente- la continuidad de la empresa (en el convenio) o las enajenaciones en bloque (en el seno del convenio o de la liquidación). Ahora bien, se trata de soluciones que pueden adoptarse *en tanto beneficien paralelamente a los acreedores*, es decir, en tanto la continuación de la actividad (y, por ende, de los puestos laborales) permita un mayor retorno para los acreedores. Las enajenaciones en bloque o los convenios de continuidad se fomentan legalmente *porque suponen un alineamiento de los intereses de los acreedores (al mayor dividendo) con los intereses del deudor (a que se continúe su empresa) y con los de los trabajadores (a mantener su trabajo)*. Una interpretación distinta supondría, en realidad, una alteración del régimen de reparto del concurso, pues se estaría subsidiando al deudor y a los trabajadores por sus créditos futuros.

⁷⁴ Sobre el aumento de capital y su indubitable conveniencia, v. WEBER, F., en Jaeger, E., *Konkursordnung*, § 207, Anm. 31 c). En mayor extensión, v. TIRADO, I., «Síndicos y Administradores», pp. 523 ss.

⁷⁵ Los conflictos pueden producirse en línea descendiente. Así, puede contraponerse el interés de la concursada con el interés de terceros (o con el interés general). Normalmente, en estos casos el interés de esos terceros no sólo se contrpondrá a la deudora, sino también a sus acreedores, cuyos intereses estarán pues, alineados. Piénsese en el caso siguiente: una proveedora de servicios (colocación de sillas para eventos) de una concursada con relevancia social (un club de fútbol, por ejemplo), con un crédito insinuado en el pasivo, ofrece la condonación del crédito insinuado a cambio de que la compañía insolvente le conceda un derecho de tanteo durante unos meses para la prestación del servicio. En este caso, la administración concursal no podría negarse a autorizar el acuerdo. El beneficio para la concursada y de los demás acreedores es evidente (la cancelación de un crédito), mientras que el perjuicio es inexistente (la oferente deberá igualar la mejor oferta recibida por el club si quiere ejecutar el contrato). En este caso, el órgano del concurso no podría alegar, por ejemplo, la defensa de la competencia en el mercado para justificar una negativa (por mucho que ello fuese supuestamente en interés público).

⁷⁶ Esto es así porque la normativa concursal, al menos en parte, parece identificar los «fines públicos» que subyacen a la creación legislativa del proceso concursal con los privados de las partes afectadas.

Precisamente por ello es necesario hacer una interpretación sistemática del artículo 149 de la Ley Concursal. En efecto, al establecer las reglas supletorias de la liquidación, la Ley señala que «[E]n caso de enajenación del conjunto de la empresa o de determinadas unidades productivas de la misma se fijará un plazo para la presentación de ofertas de compra [...] siendo consideradas con carácter preferente *las que garanticen la continuidad de la empresa, o en su caso de las unidades productivas, y de los puestos de trabajo, así como la mejor satisfacción de los acreedores*» (la cursiva es mía). El tenor literal es algo ambiguo. Ciertamente, una lectura rápida podría inducir a entender que el juez debe preferir el comprador que ofrezca 1 millón de euros y el mantenimiento de 100 puestos de trabajo al que oferte 2 millones y la continuidad de 70 trabajadores. Esta interpretación sería un tanto sorprendente, por cuanto alteraría todo el régimen legal de preferencias. Ciertamente se trataría de una previsión legal de alcance muy reducido, pues sólo sería aplicable para el caso de que no se hubiese aprobado un convenio o un plan de liquidación. Pero, no por ello, deja de ser necesario despejar esta posibilidad. A nuestro modo de ver, debe realizarse una interpretación sistemática con el resto de la Ley ⁷⁷. No hay ningún motivo para entender que el legislador haya querido alterar un criterio tan claro e importante, en este supuesto residual. Además, la dicción legal permite entender que todos los intereses previstos en el texto (continuidad de la empresa, de los puestos de trabajo y la satisfacción de los acreedores) se sitúan en mismo plano. Se trataría, pues, de una mera enunciación de los intereses que deben tomarse en consideración. Así, ante dos propuestas con igual (o muy similar) satisfacción de los acreedores, deberá preferirse la que mantenga el mayor número de puestos de trabajo.

3.2 La propia esencia de la crisis empresarial y la importancia de los perjuicios que puede ocasionar han llevado al legislador a incluir un supuesto concreto, residual, en el que se puede intuir la defensa de intereses de terceros (*stakeholders*), ajenos a los del deudor y sus acreedores: negocios dependientes, tejido económico cercano geográficamente, etc.⁷⁸ La Ley Concursal permite, excep-

⁷⁷ Contra, sin embargo, la autorizada opinión de BELTRÁN-MERCADER, «Reglas legales supletorias (art. 149)» en Rojo-Beltrán, *ComLC*, p. 2387.

⁷⁸ En el Derecho italiano, la *Legge fallimentare*, al menos según la interpretación que al artículo 90 ha dado buena parte de la doctrina (v., por todos, RIVOLTA, *L'esercizio*, pp. 143 ss.), prevé expresamente la toma en consideración de intereses ajenos a los acreedores concursales en lo que respecta al momento inicial de continuación de la actividad empresarial por parte del *fallito*. También aquí se sigue una jerarquización de intereses, de manera tal que sólo se podrá continuar el ejercicio de la actividad en beneficio de intereses ajenos cuando con ello no se dañe los de los acreedores.

Es llamativo que parte de la doctrina antigua (en realidad prácticamente contemporánea al sistema español derogado) señalase la necesidad de tener en cuenta, además de los intereses de los acreedores, los del deudor y los de las empresas dependientes: v. en Francia, RENOUARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, Bruselas, 1851, p. 251, BEDARRIDE, *Traité des faillites et banqueroutes*, París, 1866, 4 ed., t. I, pp. 333 ss. o LYON CAEN-RENAULT-AMIAUD, *Traité de Droit comercial*, París, 1934, 5 ed., t. VII, p. 624; en Italia,

cionalmente, la superación de los límites al contenido esencial del convenio en caso de «empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía» (art. 100.1 inciso segundo). La autorización a superar los límites legales de la quita y de la espera exige un informe justificativo de la «Administración económica competente». Estamos ante un supuesto de contenido del convenio, en que quien decide es el juez, y lo hace tras la intervención de los organismos públicos que rigen el mercado. Se trata de un supuesto que no afecta a la actuación de la administración concursal. Ésta, en ningún momento deberá llevar a cabo una actuación concreta en la que los intereses del deudor o del sector económico concreto en que éste opera deban ser preferidos sobre los de los acreedores. Es, además, un caso excepcional, que no puede extenderse a otros supuestos y, sobre todo, que no puede incorporarse al concepto del «interés concursal» como concepto jurídico complejo que sirve para concretar la finalidad de las instituciones legales.

Además, que se permita sobrepasar los límites del convenio no quiere decir, necesariamente, que se subordinen unos intereses sobre otros. Sólo implica la supresión de prohibiciones de contenido. Esta circunstancia únicamente implicaría una preferencia del deudor o del sector económico en que opera por encima de los acreedores si se aceptasen planes de continuación que supusiesen un pago a los acreedores de menos dividendo del que habrían obtenido en la liquidación. Y, además, no debe olvidarse que lo que se levantan son las restricciones al *contenido*, no a las mayorías de aprobación, con lo que una cantidad mayoritaria del pasivo habrá dado su consentimiento.

3.3.5.4 *El conflicto entre los intereses subjetivos y el interés público*

El conflicto entre el «interés público» general y el «interés público» particular (el representado por las partes implicadas directamente en el concurso) se produce en dos manifestaciones legales concretas: en la regulación sobre la clausura del concurso y en la sección de calificación.

1. La Ley concursal contempla la inevitable extinción de la sociedad una vez que se ha liquidado íntegramente el activo (art. 178.3 LC). Se pretende evitar la supervivencia de una compañía sin

respecto del *Codice*, destacan las opiniones de BONELLI, *Del fallimento*, t. II, p. 174, MOSSA, «La costanza del rapporto di lavoro nel fallimento dell'imprenditore», Riv. Dir. comm., núm. 2, 1941, p. 430, CALAMANDREI, *Del fallimento*, Torino, UTET, 1883, t. II, p. 5 o NAVARRINI, *Trattato*, 2 ed., t. I, p. 209.

patrimonio –pero con deudas– que sólo podría suponer una distorsión del mercado. La cancelación registral se producirá automáticamente una vez comunicada la resolución de conclusión del procedimiento concursal. No existe excepción posible. El interés del mercado se superpone al interés que, en su caso, pudieran tener los accionistas a la pervivencia de la sociedad⁷⁹.

2. Mucho mayor interés tiene el supuesto de la calificación concursal. Puede llegar a darse un conflicto entre la función sancionatoria de la Ley Concursal y el interés de los acreedores (y, obviamente, del deudor implicado). En este punto, como se ha señalado más arriba, la Ley Concursal ha dado un firme paso adelante respecto de legislaciones anteriores, limitando los efectos represivos del concurso de acreedores al supuesto de comportamiento antijurídico del deudor (o de sus administradores). La sanción como finalidad del concurso se encuentra «debilitada» y subordinada a los intereses de los acreedores (que –de nuevo– no a los intereses del deudor, irrelevantes en este punto). Esta subordinación se produce con carácter general en el diseño legislativo y ello nos permite un cierto margen interpretativo de los preceptos sancionadores. En los supuestos marginales en que se dé un conflicto entre la sanción y la mayor satisfacción de los créditos concursales –y la norma dé lugar a la interpretación– debe primar ésta última. Ahora bien, como se ha señalado, este margen interpretativo no puede servir para derogar un precepto cuya literalidad no admite alternativa. Es decir, si bien puede afirmarse que, valorando la Ley con carácter general, el legislador ha querido primar el interés de los acreedores, también debe aceptarse que no ha renunciado a la defensa genérica de lo que considera «interés público» (no subjetivo). Como modo de ejemplo, valga la suspensión de la condena a la inhabilitación para ejercer el comercio y administrar patrimonios si, con ello, se consigue cumplir en mayor medida el convenio concursal: es posible su suspensión, pero no su inaplicación.

La importante Sentencia de 11 de abril de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid (caso «Ediciones del Prado») constituye un ejemplo de aplicación jerárquica de los fines del concurso y ofrece una oportunidad inmejorable para analizar los límites interpretativos del concepto de «interés del concurso»⁸⁰.

⁷⁹ En este caso, el conflicto es mínimo. En la práctica difícilmente los accionistas tendrán interés en mantener viva una sociedad que sólo tiene deudas.

⁸⁰ La Sentencia entera puede leerse en el *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 15, 2008, pp. 381 ss., donde se encuentra reseñada y comentada por la profesora GUILARTE, C. (pp.386 ss.).

En el supuesto resuelto por la Sentencia se abrió la sección de calificación como consecuencia de la aprobación de un convenio que superaba los límites establecidos por el artículo 163 de la Ley Concursal. El convenio preveía la continuación de la actividad empresarial y su cumplimiento se hacía depender del buen éxito de la misma. Al parecer, era indiscutido que la compañía tenía un fondo de comercio esencialmente subjetivo: el negocio dependía básicamente de la gestión del consejero delegado, persona de gran experiencia y reputación en el sector, sin cuya participación la continuación de la empresa corría serio peligro. La Sentencia calificó el concurso de culpable y resolvió que el consejero delegado era una de las personas afectadas por la calificación; sin embargo, en la misma se suspendió la aplicación de la inhabilitación a éste último alegando el superior interés de los acreedores al cumplimiento del convenio, sobreponiendo, con ello, el interés de los acreedores al interés público de sancionar conductas antijurídicas. Así, señala la Sentencia:

« (...) El artículo 172.2.2 de la Ley concursal establece que la sentencia de calificación contendrá entre otros la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación para administrar los bienes ajenos durante un periodo de dos a quince años, así como para administrar o representar a cualquier persona durante el mismo periodo, atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. Se configura así la inhabilitación como un efecto ineludible de la calificación, cualquiera que sea la causa que haya motivado la apertura de la sección, convenio o liquidación, existan o no otros efectos predecibles de la sentencia, si bien la Ley no precisa el modo en que debe hacerse efectiva dicha inhabilitación.

Este automatismo en la aplicación de la inhabilitación puede producir algunos efectos perniciosos y contradictorios con la propia finalidad del concurso. (...) [c]uando se aprueba un convenio no se conoce el resultado de la calificación, en muchos casos la aprobación del convenio se basa en la confianza que genera el administrador de la sociedad que aparece como eslabón esencial de la cadena que permite el cumplimiento (...) Como se ha visto el automatismo con el que se contempla la inhabilitación puede plantear en los casos de convenio más perjuicios que beneficios. Por un lado la inhabilitación se erige así en un elemento desincentivador del convenio. En efecto, si en el caso de convenio gravoso, se aplica siempre la sanción de inhabilitación, al administrador de la concursada le es indiferente proponer o no un convenio pues sabe que será inhabilitado en todo caso. (...).

El artículo 172.2.2 de la Ley concursal establece que la inhabilitación de las personas afectadas por la calificación se impondrá atendiendo, en todo caso, a la gravedad de los hechos y a la entidad del perjuicio. Si la finalidad del concurso es el pago de los acreedores y la Ley prima el convenio como la solución preferida del concurso, resulta que la ejecución en todo caso de la sanción de inhabilitación puede ser más perjudicial que su no ejecución, frustrando así la finalidad de la norma. No debe olvidarse que la

calificación del concurso no es el objeto primordial del procedimiento concursal, pues este puede existir y desenvolverse sin necesidad de aquella, pudiendo aplicarse la sanción que proceda en un ámbito extraconcursal. El que el legislador haya optado por realizar esa labor depurativa y represora en el seno del procedimiento concursal no debe erigirse en baluarte inexpugnable que impida el cumplimiento de la finalidad primaria del concurso, por lo que una interpretación teleológica que permita conciliar ambos objetivos debe ser posible.

Como puede apreciarse, la Sentencia identifica el conflicto entre las distintas finalidades legales y realiza una jerarquización estricta. Para el Juez, la sanción (finalidad jurídica tutelada de modo subsidiario) se contrapone a la aprobación de un convenio (objetivo intermedio) y, en última instancia, a la satisfacción de los acreedores en el modo en que ellos han decidido (finalidad legal principal). Ante semejante conflicto, deben primar aquellas finalidades que ocupan un escalón superior en la jerarquía valorativa de la Ley Concursal.

Estamos ante una resolución sin duda valiente, que se apoya en la finalidad (es decir, aunque no lo mencione, en el «interés concursal») para interpretar *–rectius*, para inaplicar– la Ley Concursal; pero sólo se apoya, no fundamenta la resolución simplemente en la finalidad. Y en esto tiene razón. El resultado conseguido por la resolución no podría haberse conseguido utilizando simplemente la jerarquía entre intereses jurídicamente protegidos por la Ley Concursal. Desde el punto de vista interpretativo quizás habría sido ir demasiado lejos⁸¹. A nuestro modo de ver, los argumentos teleológicos esgrimidos podrían valer para justificar la suspensión de la inhabilitación, pero no para excluirla definitivamente en caso de cumplimiento íntegro del convenio⁸². En este punto, la interpretación funcional no puede ignorar el sentido literal de una norma que no contempla ninguna exención sancionatoria: declarada la calificación, el juez podrá graduar temporalmente la pena, pero no excluirla. La protección del interés concursal puede servir para armonizar los dos objetivos legales (la mayor protección de los acreedores y la represión de comportamientos antijurídicos) jerarquizándolos, pero no para ignorando uno de los dos⁸³.

⁸¹ Sin embargo, algunos comentaristas de la Ley parecen situarse en posiciones coincidentes con esta resolución. Al respecto, v., por todos, VELASCO SAMPEDRO, «Comentario a la Disposición Final Segunda», en GUILARTE/SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la Legislación Concursal*, Valladolid (Lex Nova) 2004, t. IV, p. 3654.

⁸² Coincidimos, en este punto, con GUILARTE, C., «La suspensión de la inhabilitación como incentivo al cumplimiento del convenio: una reflexión crítica», pp. 393-394.

⁸³ Es cierto que la Sentencia incluye una posible respuesta a esta objeción, al señalar que «(.) [T]ampoco el retraso del efectivo cumplimiento de la inhabilitación permite supe-

Por ello, para alcanzar el resultado perseguido, la Sentencia importa conceptos jurídico-penales y razona del siguiente modo:

«(...) No debe olvidarse que la inhabilitación es una sanción personal, un reproche de desvalor social de la conducta ilícita (...) Las sanciones que tienden a castigar la infracción de las normas protectoras de intereses generales impuestas por un organismo público, que incluiría penas y sanciones administrativas, engloban un Derecho sancionador público (...) Es lo que se ha venido a denominar sistema sancionador parapenal, que tiene su mayor ámbito de actuación en el derecho sancionador económico o de empresa, pero en el que se abre paso con fuerza un nuevo modelo de sanción que privilegia de manera incontestable los requisitos de efectividad y que prefiere la elasticidad de la sanción ante situaciones en continua transformación.

Si, como hemos visto, estamos ante una sanción, respecto de la que el legislador no precisa el modo en que debe hacerse efectiva, nos encontramos ante una laguna que deberá colmarse con los principios y normas del sistema que le es más propio que es el sistema punitivo (...). Es por ello que debe traerse a colación el instituto de la suspensión de la ejecución de la pena, prevista en los artículos 80 y siguientes del Código Penal (...) Podría darse la paradoja de que seguido un proceso penal por insolvencia punible contra la persona afectada por la calificación se le impusiera una pena de inhabilitación que al fin quedará remitida por mor de la suspensión de la ejecución, en tanto que la impuesta por la sentencia de calificación se ejecutara. En cambio, la aplicación de la suspensión de la ejecución de la sanción a este ámbito impediría ese pernicioso y contradictorio efecto. Debe admitirse, por tanto, la posibilidad de suspender la ejecución de la sanción de inhabilitación impuesta por la sentencia de calificación si bien sometida a determinados requisitos y condiciones ⁸⁴.

rar este efecto, pues en ocasiones el cumplimiento del convenio comporta un sacrificio personal que difícilmente estará dispuesto a asumir, si sabe que al fin será inhabilitado y no podrá continuar con su actividad empresarial. Por otro puede impedir en muchos casos que el convenio aprobado llegue a cumplirse. Es decir, se estaría argumentando que, con la mera suspensión, no se estaría consiguiendo la tutela de un interés jerárquicamente superior (los acreedores). Coincidimos con este razonamiento; sin embargo, lo cierto es que la eficacia interpretativa de la finalidad no puede sobrepasar la literalidad de la Ley, cuando ésta es inequívoca (v. LARENZ, K., *Metodología*, p. ---). Nos encontramos ante una situación en la que tan sólo pueden hacerse valoraciones *de lege ferenda*.

⁸⁴ Sigue señalando la Sentencia: «(...) que el afectado no haya sido inhabilitado anteriormente, pues constituiría una reincidencia que convierte en inefectiva la medida de suspensión pues el perjuicio sería mayor que el beneficio perseguido; la sección de calificación solo puede haberse formado como consecuencia de la aprobación de un convenio gravoso, nunca de la liquidación, pues en ese caso no concurre el fin de cumplimiento del convenio que justifica la suspensión. Es preciso, además, que conste que la persona inhabilitada es fundamental para el efectivo cumplimiento del convenio. Por último, el periodo de inhabilitación solicitado por el Ministerio Fiscal y la administración concursal no debe superar el plazo máximo de cinco años que la Ley fija para el cumplimiento del convenio, lo que se corresponde con una sanción leve, que se enmarca en el primer tercio del periodo total de la sanción que llega hasta los quince años. La suspensión de la ejecución se condicionaría así al efectivo cumplimiento del convenio aprobado y acreditado este se produciría la remisión de la sanción. En caso contrario debería cumplirse íntegramente».

Esta solución se acomoda a la previsión legal, pues no impide ni la calificación del concurso como culpable en los casos en que proceda, ni la imposición de la sanción prevista, si bien acomoda su efectivo cumplimiento al cumplimiento de la finalidad primordial del concurso: el pago a los acreedores por medio del convenio aprobado. Además incentiva la proposición y cumplimiento de los convenios en el ámbito del concurso, que de otro modo se ven desmotivados.»

A este razonamiento podría quizás oponerse la propia *ratio* de la norma sancionadora. La inhabilitación prevista en la sección de calificación concursal no se prevé para proteger a los acreedores concursales sino al mercado (se protege *ex ante* a través del elemento disuasorio de la pena; y se tutela *ex post* a los participantes frente a una persona que ha actuado de forma reprochable). En todo caso, se trata, sin duda, de una resolución en la que los intereses subjetivos involucrados en el concurso se ven favorecidos, y, a fin de cuentas, de eso se trata –o debería tratarse– en el Derecho concursal.

La Sentencia parece considerar el convenio como un fin en sí mismo. Como ha sido desarrollado con cierto detalle en páginas precedentes, tanto el convenio como la liquidación son sólo instrumentos para la mayor satisfacción de los acreedores.

La duración del modo impuesto en una donación: ¿carácter temporal o perpetuo? *

MÁXIMO JUAN PÉREZ GARCÍA
Profesor Titular de Derecho civil (UNED)

RESUMEN

La regulación de la revocación de las donaciones modales contenida en el CC es manifiestamente insuficiente, lo que genera no sólo numerosos interrogantes sobre la materia, sino también que exista un elevado grado de litigiosidad ante los tribunales. En este trabajo se aborda la cuestión de si en nuestro Derecho el modo impuesto en una donación puede tener carácter perpetuo o si necesariamente debe tener carácter temporal (esto es, si transcurrido determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo, debe entenderse que éste se ha cumplido y consumado y, por tanto, el donante no podrá ejercitar la acción de revocación de la donación del artículo 647 CC, aunque el donatario quebrante el modo). Para obtener una respuesta y determinar, en su caso, cuál es el plazo de tiempo que tiene que transcurrir para poder considerar que el modo se ha cumplido, se examina no sólo la normativa civil referente a la donación modal y la prohibición de vínculos perpetuos, sino también las normas sobre la cesión gratuita de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas (supuesto análogo a la donación modal). Asimismo, se realiza un exhaustivo análisis de la jurisprudencia de la jurisdicción civil y de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la materia, con la finalidad de extraer principios que ayuden a encontrar una respuesta al interrogante planteado.

PALABRAS CLAVE

Donación modal, revocación, vínculos perpetuos.

* Este trabajo se inserta en el marco del proyecto de investigación «La modernización del Derecho contractual» (SEJ 2005-06506), subvencionado por el Ministerio de Educación y Ciencia (Dirección General de Investigación), que se ejecuta en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y cuyo investigador principal es el profesor Dr. Antonio Manuel Morales Moreno.

El autor de este trabajo es miembro del Grupo de investigación «Modernización del Derecho patrimonial», inscrito en el Registro de Grupos de Investigación reconocidos de la Universidad Autónoma de Madrid, que está dirigido por el profesor Dr. Antonio Manuel Morales Moreno (Catedrático de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid).

ABSTRACT

The regulation on the revocation of donations with charge set out in the Civil Code is clearly insufficient, which generates not only many questions on the subject, but also a high degree of disputes before the Courts. This paper tackles the issue of whether, in our legislation, the charge imposed on a donation can be of a perpetual nature or whether it must necessarily be of a temporary nature (i.e., whether after the lapse of a certain period of time complying with the charge, it should be understood that such charge has been fulfilled and completed and, consequently the transferor will not be able to exercise the revocation of the donation set out in article 647 CC, irrespective of the non performance of the charge by the recipient). In order to obtain an answer and to determine, if appropriate, which is the period of time that has to lapse to be able to consider that the charge has been fulfilled, it is necessary to examine not only the civil regulations on donations with charge and the prohibition of perpetual links, but also the regulations on the free assignment of goods within the scope of Public Administrations (a case similar to a donation with charge). Similarly, an exhaustive analysis of the case law of the civil jurisdiction and the contentious-administrative jurisdiction on the subject is carried out in order to draw principles that help to find an answer to such question.

KEYWORDS

Donation with charge, revocation, perpetual links.

SUMARIO: I. *Planteamiento y objeto de estudio.* II. *La regulación de la donación modal en el CC y su interpretación por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.* III. *La prohibición de vínculos perpetuos: un principio general en nuestro Derecho:* 1. Las fundaciones: un instrumento para vincular bienes de forma permanente a una concreta finalidad. IV. *La cesión gratuita de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas: un supuesto análogo a la donación modal del artículo 647 del CC:* 1. La normativa reguladora de las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas. 2. La interpretación jurisprudencial de la normativa reguladora de la cesión gratuita de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas: 2.1 Tesis jurisprudencial favorable al carácter perpetuo de las cargas modales impuestas en la cesión gratuita de bienes. 2.2 Tesis jurisprudencial contraria al carácter perpetuo de las cargas modales impuestas en la cesión gratuita de bienes. V. *Conclusiones.* VI. *Anexo legislativo.* VII. *Bibliografía.*

I. PLANTEAMIENTO Y OBJETO DE ESTUDIO

En nuestro Ordenamiento jurídico, ¿pueden existir modos perpetuos impuestos por un donante? Encontrar una respuesta a dicho interrogante no es tarea fácil. En primer lugar, porque en nuestro Derecho no existe una norma que, de forma directa y expresa, aborde la cuestión y nos ofrezca una respuesta. Y, en segundo lugar, porque se trata de una cuestión que, a mi juicio, no ha recibido la suficiente atención por parte de la doctrina, aunque sí por parte de nuestros tribunales, no sólo del orden jurisdiccional civil, sino también del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo.

Como es sabido el artículo 647 del CC reconoce el derecho que tiene el donante de revocar la donación cuando el donatario incumple el modo, limitándose a señalar que en dicho supuesto «los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria». Ahora bien, el CC, en materia de revocación de las donaciones modales por incumplimiento de las cargas, guarda silencio sobre cuestiones tan relevantes como el plazo de ejercicio de la acción, el carácter transmisible o no de la acción de revocación a los herederos del donante o si transcurrido un determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo (esto es, la carga o la afección del bien al destino que estableció el donante), debe entenderse que aquél se ha cumplido y consumado. Todo lo anterior permite afirmar que la regulación de la revocación de las donaciones modales en el CC es manifiestamente insuficiente, lo que genera numerosos interrogantes y que exista sobre la materia un elevado grado de litigiosidad ante los tribunales¹.

La sentencia del Tribunal Supremo² (Sala 1.^a) de 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696), cuyo ponente fue el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, es un buen exponente de la problemática que existe en nuestro Derecho en relación con la revocación de las donaciones por incumplimiento del modo. Si bien es cierto que en los Fundamentos de Derecho de la citada sentencia, la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal aborda cuestiones de indudable interés (la competencia de la jurisdicción civil para conocer este tipo de

¹ En términos similares se pronuncia FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, p. 1799.

² En adelante, STS.

casos en los que el donatario es una Administración Pública, la transmisibilidad o no de la acción de revocación de las donaciones por incumplimiento del modo o la determinación del plazo de ejercicio de ejercicio de la acción de revocación), no es menos cierto que en el trasfondo de este tipo de casos, subyace el importante tema del carácter temporal o perpetuo del modo impuesto por el donante. Veamos, a continuación, los hechos más relevantes del caso resuelto por la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal en la mencionada sentencia, así como la doctrina que puede extraerse de la misma:

Mediante escritura pública de 11 de febrero de 1937, ratificada por otra de 5 de marzo del mismo año, don Manuel (causante de los demandantes en este litigio) dona al Estado español dos fincas segregadas de otra mayor, sin incluir una charca o estanque construido dentro de una de ellas, ubicadas en la isla de Tenerife. En la escritura pública se consigna expresamente que la donación se realiza para que esos terrenos se destinen por el donatario «a los fines o servicios del Estado que mejor estime» y que se limita a esos dos trozos de terreno segregados, con todo lo construido dentro de los mismos y con los derechos y servidumbres a su favor existentes, libre de cargas y gravámenes, «por ser los únicos estimados como necesarios para el campamento y campo de instrucción y de tiro a que han sido destinados».

El General don Cristóbal, Comandante Militar de Canarias, en representación del Jefe del Estado, acepta la donación, con la finalidad de destinar los terrenos «al Ramo de Guerra y al objeto indicado», reconociendo a favor del resto de la finca deslin-dada las servidumbres de paso y acueducto existentes en ese momento.

La donación de los citados terrenos a favor del Estado se inscribe en el Registro de la Propiedad de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife) el 6 de agosto de 1971, constando expresamente en la inscripción registral que la donación se realizó con la finalidad de destinar los terrenos donados y cuanto en ellos se encuentre comprendido, excepto la charca o estanque, «al Ramo de Guerra y al objeto de destinarlos para campamento y campo de instrucción y de tiro».

El *Ministerio de Defensa* (antiguo Ramo de Guerra del Estado) vende, a través de la subasta celebrada el 8 de mayo de 1997, los citados terrenos a la *Cooperativa de viviendas Hespérides*.

En el mismo año 1997, los causahabientes del donante, tras dos sucesivas transmisiones hereditarias, ante el incumplimiento del modo de la donación, interponen dos demandas contra el *Ministe-rio de Defensa* y la *Cooperativa de viviendas Hespérides*.

La codemandada *Cooperativa de viviendas Hespérides* solicita la acumulación de los autos y el Juzgado de Primera Instancia resuelve favorablemente su petición.

Los miembros de la comunidad de herederos del donante solicitan en sus demandas que se dicte sentencia por la que: *a)* se declare revocada, rescindida o resuelta, como corresponda, y en todo caso se deje sin efecto alguno, la donación realizada por don Manuel en favor Estado español, mediante las escrituras públicas de 11 de febrero y 5 de marzo de 1937, desde la fecha en que las fincas donadas mediante las citadas escrituras públicas dejaron de estar destinadas al servicio del Ramo de Guerra como campamento o base militar por causa de incumplimiento de las condiciones establecidas en la donación por el donante y que fueron aceptadas por el Estado donatario; *b)* se declare, en consecuencia, que las fincas donadas deben volver al patrimonio de la comunidad de herederos del donante; *c)* se declare también la rescisión o resolución, como corresponda, y en todo caso se deje sin efecto alguno, la subasta de las mencionadas fincas, así como la comapraventa de las mismas que, a consecuencia de la subasta, hayan celebrado entre sí los demandados; *d)* se decrete la reversión de la finca donada a la comunidad de herederos del donante, en pleno dominio y sin más carga ni gravamen que los que tenía cuando fue donada al Estado demandado; *e)* se ordenen las rectificaciones que procedan en las inscripciones registrales practicadas sobre la referida finca en el Registro de la Propiedad de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife) y se practique la inscripción del derecho de propiedad de dicha finca en favor de los herederos del donante; *f)* subsidiariamente, para el caso de que no fuera posible la reversión del pleno dominio de la finca entera, se condene al Estado demandado a abonar a la comunidad de herederos el valor de lo que no pueda revertir y, al menos, el precio obtenido en la subasta por la finca subastada y los intereses legales de la suma correspondiente, desde la interposición de la demanda; y *g)* alternativamente, para el caso de que no fuera estimado ninguno de los pedimentos anteriores, se condene a los demandados a cumplir la condición, modo o carga impuesta en la escritura de donación, consistente en mantener las fincas donadas destinadas al servicio del Estado y del Ramo de Guerra, como campamento o base militar.

La codemandada *Cooperativa de viviendas Hespérides* contesta a la demanda, alegando la excepción de exceso de ejercicio de jurisdicción por entender que se trata de una cuestión sujeta a la jurisdicción contencioso-administrativa, la excepción de falta de legitimación activa por tratarse de una acción personalísima y la excepción de extemporaneidad en el ejercicio de la acción de revocación por haber transcurrido el plazo de caducidad que se fija en un año, así como los hechos y fundamentos jurídicos que estimó pertinentes, suplicando se dicte sentencia por la que se desestime la demanda.

El Abogado del Estado en representación del *Ministerio de Defensa* (codemandado) contestó a la demanda alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimó procedentes, solicitando se dicte sentencia desestimatoria de la demanda.

El 24 de noviembre de 1999, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife dicta sentencia por la que se desestima íntegramente la demanda.

Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia por la parte demandante, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife dicta sentencia el 11 de noviembre de 2000 (AC. 2001/979)³, desestimando el recurso y confirmando la sentencia recurrida.

La comunidad de herederos del donante (parte demandante) interpone un recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos: *a) infracción del artículo 647 del CC, en relación con el párrafo primero del artículo 3 del CC; y b) infracción de los artículos 1091, 1255, 1256, 1258, 1262 y 1124 del CC.*

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)⁴, al resolver el recurso de casación, a diferencia de las sentencias de primera instancia y de la Audiencia Provincial que desestiman la demanda, pues consideran que la donación realizada en 1937 por don Manuel a favor del Estado español es una donación pura y simple, sin modo o carga alguna, afirma que se trata de una donación modal y que la enajenación de las fincas en 1997 a la *Cooperativa de viviendas Hespérides* comporta el incumplimiento del modo. Considera el Tribunal Supremo que en el presente caso la donación tiene un modo, establecido por el donante y aceptado por el donatario: el destino de las fincas a uso militar por parte del Ministerio de Defensa (en concreto «al Ramo de Guerra y al objeto de destinarlas para campamento y campo de instrucción y de tiro»)⁵.

La Sala Primera del Tribunal Supremo declara que al pasar las fincas a ser objeto de tráfico jurídico, con ánimo de lucro (enajenación de los terrenos en 1997 a la *Cooperativa de viviendas Hespérides*) se ha incumplido el modo por el donatario. Por otra parte, niega que pueda entenderse (como alega la parte demandada) que el modo no se ha incumplido porque el «beneficio económico vaya a ser destinado a intereses del Ministerio de Defensa, porque el modo nunca se pensó para ese destino, sino para el uso militar y si este uso resultó ser temporal (guerra civil y medio siglo más)⁶»,

³ Ponente Ilmo. Sr. don José Antonio González González.

⁴ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

En el presente caso, la principal cuestión jurídica a dilucidar es si la donación de las fincas que se realizó en 1937 a favor del Estado es una donación pura y simple (en cuyo caso el Ministerio de Defensa sí estaría legitimado para enajenar las fincas a un tercero) o si, por el contrario, se trata de una donación modal (en cuyo caso puede afirmarse que si el Ministerio de Defensa enajena las fincas a un tercero, estaría incumpliendo el modo y, por tanto, procedería la revocación de la donación conforme a lo dispuesto en el art. 647 CC).

Véase el comentario realizado a esta sentencia por IMAZ ZUBIAUR, Leire, «Comentario de la STS de 20 de julio de 2007» *CCJC*, núm. 76, enero-abril de 2008, pp. 343 a 358.

⁵ Por esta razón el Tribunal Supremo afirma en el Fundamento de Derecho tercero que no es admisible «en ningún caso la transmisión con ánimo de lucro de dichas tierras a una entidad para que construya [viviendas], con ánimo de lucro».

⁶ En realidad desde la donación hasta que se enajenan las fincas a la *Cooperativa de viviendas Hespérides* han transcurrido 60 años.

temporal debe ser considerada la donación», de conformidad con lo dispuesto en el artículo 647 del CC. Por todo ello, el Tribunal Supremo declara la revocación de la donación realizada por don Manuel en 1937.

La Sala Primera del Tribunal Supremo también aborda en el presente caso otras cuestiones colaterales que han sido planteadas por los codemandados en su contestación a la demanda: *a) la incompetencia de la jurisdicción civil para resolver el pleito; b) la falta de legitimación activa de los demandantes; y c) la caducidad de la acción ejercitada.*

En lo concerniente a la cuestión de la incompetencia de la jurisdicción civil para resolver el pleito, el Tribunal Supremo rechaza dicha pretensión y afirma que «[p]or más que una de las partes demandadas haya sido la Administración y haya comparecido en su defensa el Abogado del Estado, el objeto del proceso es una clara acción civil, la de revocación de una donación modal, contrato civil. Que el donatario sea el Estado, ramo de Guerra, hoy Ministerio de Defensa, sólo ha precisado la reclamación previa en vía administrativa, pero no determina la jurisdicción contencioso-administrativa»⁷.

En lo referente a la supuesta falta de legitimación activa de los demandantes por el carácter personalísimo de la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo y su intransmisiabilidad a los herederos del donante, nuestro Alto Tribunal considera que la citada acción es transmisible *mortis causa*, pues «ningún precepto dispone lo contrario, pero si el donante no la quiso ejercitar, no pueden tampoco hacerlo sus herederos».

Por último, respecto de la cuestión de la caducidad de la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo, la Sala Primera del Tribunal Supremo señala que «el plazo para el ejercicio de esta acción no está determinado por el CC». Ahora bien, considera con apoyo en las SSTS (Sala 1.^a) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960)⁸ y de 23 de noviembre de 2004 (RJ. 2004/7386)⁹

⁷ Entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo (en adelante, SSTS) (Sala 1.^a) de 12 de noviembre de 1990 (RJ. 1990/8698; ponente Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz), 16 de diciembre de 1992 (RJ. 1992/10499; ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros), 5 de junio de 2002 (RJ. 2002/5891; ponente Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros), así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (en adelante, TSJ) de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 10 de diciembre de 2004 (JUR. 2005/94375; ponente Ilmo. Sr. don Gervasio Martín Martín), en casos muy similares mantienen la misma tesis.

Sin embargo, existen diversas sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que declaran, en supuestos muy similares al aquí expuesto, la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de este tipo de casos [en este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS (Sala 3.^a) de 3 de marzo de 1989 (id. CENDOJ 28079130011989100555; ponente Excmo. Sr. don Ángel Rodríguez García), 12 de marzo de 1991 (id. CENDOJ 28079130011991100558; ponente Excmo. Sr. don Julián García Estartus), 28 de septiembre de 1992 (RJ. 1992/7025; ponente Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez) y 14 de diciembre de 1994 (id. CENDOJ 28079130011994102361; ponente Excmo. Sr. don Antonio Martí García), así como la sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 de noviembre de 2004 (JUR 2005/57379; ponente Ilmo. Sr. don Miguel Ángel García Alonso)].

⁸ Ponente Excmo. Sr. don Gumerindo Burgos Pérez de Andrade.

⁹ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

que «[e]n todo caso, es un plazo de caducidad», pero no entra a determinar si se trata de un plazo de un año o de cuatro años, pues la venta de las fincas al tercero (acto que implica el incumplimiento del modo de la donación) y el ejercicio de la acción de revocación de la donación «se han producido, ambos, en 1997, y, por tanto, el plazo de caducidad, tanto si se entiende que es de un año como si de cuatro, no ha transcurrido».

En virtud de todo lo anterior, la Sala Primera del Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa y anula la sentencia recurrida y estima la demanda, conteniendo el Fallo de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo los siguientes pronunciamientos:

1. La revocación de la donación de 5 de marzo de 1937.
2. La resolución de la transmisión de parte de finca objeto de la donación a favor de la Cooperativa de viviendas codemandada.
3. La restitución de la finca a la comunidad hereditaria demandante.
4. Que se practiquen las rectificaciones que procedan en el Registro de la Propiedad de La Laguna (Santa Cruz de Tenerife) en relación con la finca objeto del litigio.
5. Como subsidiario de lo anterior, si no es posible jurídicamente la restitución material de la finca, que se entregue a los demandantes el valor económico de la misma al tiempo en que se haga efectivo el pago.

La incertidumbre que existe sobre la materia, como queda acreditado con la lectura de la sentencia citada, es lo que justifica que me centre en la búsqueda de una respuesta al interrogante planteado al inicio de este trabajo; esto es, si en nuestro Derecho puede defenderse que el modo impuesto por el donante en una donación puede tener carácter perpetuo, como parecen afirmar la mayoría de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales del orden jurisdiccional civil¹⁰, o si, por el contrario, transcurrido un determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo, debe entenderse que éste se ha cumplido y consumado. Las diferentes consecuencias que en la práctica se derivan de la adopción de una u otra tesis son muy importantes:

– Si se considera que en nuestro Derecho el modo puede tener carácter perpetuo, en el caso de que el donatario deje de cumplir el modo en cualquier momento, con independencia del tiempo transcurrido desde que se realizó la donación, el donante podría ejercitar

¹⁰ Si bien es cierto que las resoluciones judiciales no se pronuncian expresamente sobre esta cuestión, el análisis de los Fundamentos de Derecho de cada una de ellas permite llegar a dicha conclusión. En este sentido pueden citarse, entre otras, las SSTS (Sala 1.^a) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960; ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) y 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz), así como la sentencia de la Audiencia Provincial (en adelante, SAP) de Girona de 2 de febrero de 1994 (AC. 1994/317; ponente Ilma. Sra. Dña. Nuria Bassols Muntada).

la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo, conforme a lo dispuesto en el artículo 647 del CC, durante un plazo de tiempo que tanto la doctrina como la jurisprudencia, ante la ausencia de regulación legal expresa, discuten si es de 1 o 4 años desde que se ha incumplido el modo¹¹.

– Por el contrario, si se defiende que en nuestro Ordenamiento jurídico el modo no puede tener carácter perpetuo, entonces una vez que ha transcurrido un determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo, el donante no podría ejercitar la acción de revocación de la donación del artículo 647 del CC, aunque posteriormente el donatario *«incumpla»* la carga impuesta en virtud del modo [por ejemplo, como sucede en la mencionada STS (Sala 1.^a) de 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)¹², el donatario, transcurridos 60 años desde la perfección de la donación, enajena la finca donada a un tercero para que construya viviendas y en la escritura pública de donación se estableció expresamente que la finca se donaba para que se destinase a campamento y a campo de instrucción y de tiro militar], pues se considera que aquél ya se ha cumplido y consumado y, por tanto, no procede la revocación de la donación.

La cuestión problemática en esta tesis es determinar, ante el silencio del CC, cuál es el plazo de tiempo que tiene que transcurrir para entender que el modo se ha cumplido y consumado y que, por tanto, no procede la reversión de los bienes donados al donante, aunque el donatario deje de cumplir posteriormente la carga que implica el modo (por ejemplo, que los bienes donados, por voluntad del donatario, dejen de estar afectos al destino que se estableció en el momento de perfeccionarse la donación).

Para encontrar una respuesta al interrogante planteado hay que analizar no sólo la jurisprudencia civil que existe sobre la materia, sino que también se debe prestar especial atención a las resoluciones judiciales que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa han dictado para resolver los litigios relativos a las solicitudes de reversión de bienes cedidos gratuitamente a una Administración Pública, como consecuencia del incumplimiento, por parte del cesionario, de los fines o del destino que motivó la cesión gratuita del bien. Asimismo, es preciso estudiar distintas instituciones o figuras jurídicas, con la finalidad de extraer de su normativa reguladora principios que nos ayuden a encontrar una respuesta adecuada a la problemática expuesta anteriormente y que constituye el objeto de estudio de este trabajo.

¹¹ En relación con la cuestión del plazo de caducidad de la acción de revocación por incumplimiento del modo, véanse las notas núms. 36, 37 y 38 de este trabajo.

¹² Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

II. LA REGULACIÓN DE LA DONACIÓN MODAL EN EL CC Y SU INTERPRETACIÓN POR LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El artículo 619 del CC define la donación modal como «aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado»¹³. Este tipo de donaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 622 del CC, se rige por la normativa de las donaciones en la parte que excede del valor de gravamen impuesto, aunque como señala la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo [entre otras, SSTS (Sala 1.^a) de 27 de julio de 1994 (RJ. 1994/6929)¹⁴ y 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)¹⁵], el citado precepto utiliza una terminología imprecisa al referirse a las donaciones remuneratorias¹⁶.

¹³ ANDERSON, Miriam, *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005, p. 245, niega que el artículo 619 del CC contenga una definición de donación modal. A juicio de la citada autora «resulta más adecuado entender que este precepto únicamente tiene por objeto fijar dentro de qué límites puede seguir considerándose que un determinado negocio jurídico pertenece a la categoría de la donación, previamente descrita en el artículo 618».

TORRALBA SORIANO, Orenco-Vicente, *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967, pp. 251, 254 y 255, define la donación modal «como aquélla en que el donante, guiado por un espíritu de liberalidad e impulsado también por algún especial motivo, se empobrece en favor del donatario al que impone una carga o la obligación de dar a lo recibido determinada aplicación o de destinarlo a algún fin u objeto, sin que en ningún caso estos gravámenes, de valor inferior al del objeto de la donación, tengan el carácter de prestaciones equivalentes». Asimismo afirma que para que se pueda hablar de donación modal «es necesario que el donatario quede obligado, esto es, que las cargas no afecten directamente a la cosa donada y sólo indirectamente a su titular; sino que impliquen una obligación para el donatario mismo».

Por su parte, JEREZ DELGADO, Carmen, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. (La acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999, p. 195, afirma que «la donación modal sigue siendo donación (art. 619 CC) y -como tal- negocio gratuito, porque el *animus donandi* es lo que mueve al [donante] a hacerla. Sólo como algo accidental y accesorio al negocio gratuito, se impone la obligación modal al beneficiario del mismo. El modo no es más que un *límite a la liberalidad o un gravamen que pesa sobre ésta*».

La STS (Sala 1.^a) de 6 de abril de 1999 (RJ. 1999/2656; ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete) mantiene que «la verdadera y propia donación modal es aquélla [...] en la que se impone al beneficiario el cumplimiento de una obligación, como determinación accesoria de la voluntad del donante. Aunque esta obligación no muta la naturaleza del contrato de donación de bienes transformándolo en contrato bilateral sinalagmático y oneroso, puesto que el gravamen tiene que ser inferior al valor de lo donado, el cumplimiento de la prestación, en que consiste el gravamen, es exigible y, desde luego, el cumplimiento no queda al arbitrio del donatario». En términos similares se pronuncia la STS (Sala 1.^a) de 23 de noviembre de 2004 (RJ. 2004/7386; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz).

En relación con el concepto de donación, véase VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., «Donación, condición y conversión jurídica material», *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 323 a 349.

¹⁴ Ponente Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil.

¹⁵ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

¹⁶ En términos similares se pronuncia FLORENSA I TOMÁS, Carles Enric, «Comentario de la STS de 27 de julio de 1994» *CCJC*, núm. 37, enero-marzo de 1995, pp. 169 a 186.

Por su parte, DURÁN RIVACOBA, Ramón, «Modo y liberalidad (Aproximación jurisprudencial a su estudio unitario)», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen III, Madrid, 1988, p. 298, señala que «se ha discutido si las donaciones modales pertenecen a la categoría de las onerosas previstas en el artículo 622 [...] del CC».

La Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que «el modo, carga o gravamen puede ser cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente¹⁷ [...] o puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación¹⁸ [...] o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante¹⁹ [...]. Y esta amplia variedad de objeto del modo, comprende también la destinación, acción y efecto de destinar, es decir, el caso [en el] que el donante impone el destino que ha de tener la cosa donada»²⁰.

En lo referente a la revocación de la donación por incumplimiento del modo²¹, el artículo 647 del CC dispone que «la donación será revocada a instancia del donante, cuando el donatario haya dejado de cumplir alguna de las condiciones que aquél le impuso» y que «[e]n este caso, los bienes donados volverán al donante, quedando nulas las enajenaciones que el donatario hubiese hecho y las hipotecas que sobre

¹⁷ En este sentido se pronuncia la STS (Sala 1.^a) de 23 de noviembre de 2004 (RJ. 2004/7386; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz).

¹⁸ Véase en este mismo sentido la STS (Sala 1.^a) de 27 de diciembre de 1994 (RJ. 1994/9780; ponente Excmo. Sr. don José Luis Albácar López).

¹⁹ La STS (Sala 1.^a) de 6 de abril de 1999 (RJ. 1999/2656; ponente Excmo. Sr. don José Almagro Nosete) se pronuncia en idéntico sentido.

²⁰ DURÁN RIVACOBIA, Ramón, «Modo y liberalidad (Aproximación jurisprudencial a su estudio unitario)», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen III, Madrid, 1988, p. 297, define el modo «como carga, obligación, fin o gravamen que se impone por el causante de un acto de liberalidad al destinatario de los bienes, como función parcial o límite de las atribuciones realizadas».

Por su parte, ANDERSON, Miriam, *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005, p. 233, afirma que de la regulación del CC resulta que «el modo supone la imposición de una conducta al beneficiario de una atribución gratuita, cuya falta de realización, valorada por el dispuesto (siquiera con intervención judicial), puede dar lugar a la ineficacia del negocio por revocación, siendo esta posibilidad el reflejo del tipo de vinculación que el modo conlleva».

A este respecto, LAMARCA MARQUÉS, Albert, *El modo sucesorio*, Cizur Menor (Navarra), 2006, p. 67, afirma que el «modo consistirá en una prestación de dar, hacer, o no hacer, que deberá ser posible y lícita, de acuerdo con el modelo genérico del art. 1088 CC para las obligaciones» y que «esta prestación implica un vínculo jurídico u obligación coercible para la persona gravada con su cumplimiento».

En relación con el origen histórico, la función y el concepto de la figura del modo, pueden consultarse los trabajos de CASTÁN TOBEÑAS, José, «El "modo" en los actos jurídicos. Función del modo en la técnica del Derecho civil», *RDP*, 1918, núm. 54, pp. 91 a 101; «El "modo" en los actos jurídicos. Formación del modo en la historia del Derecho civil», *RDP*, 1919, núm. 67, pp. 102 a 109; y «El "modo" en los actos jurídicos. Concepto de modo», *RDP*, 1921, núms. 94 y 95, pp. 211 a 218; así como la monografía de TORRALBA SORIANO, Orciencio-Vicente, *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967.

²¹ En relación con el origen histórico de la revocación de la donaciones por incumplimiento de cargas, véase: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia, *La donación*, Madrid, 2006, pp. 716 y 717.

Por su parte, ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel, «La reserva de la facultad de disponer en la donación y la reversión de bienes al donante. A propósito de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de julio de 1998», *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, volumen I, Almería, 2000, p. 480, señala que «en nuestro Código hay que afirmar que la donación, si bien es irrevocable en general, como todos los contratos, puede configurarse voluntariamente como revocable, la autonomía de la voluntad no queda limitada por una exigencia iderrogable, sino que el donante puede imponer al donar las reservas o condiciones que estime convenientes, incluso las que le permiten recuperar la casa; sólo en este sentido nos parece aceptable interpretar el principio de irrevocabilidad en nuestro Derecho».

ellos hubiese impuesto, con la limitación establecida, en cuanto a terceros, por la Ley Hipotecaria»²². Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal Supremo [entre otras, SSTS (Sala 1.^a) de 16 de mayo de 1957 (RJ. 1957/1971)²³, 30 de diciembre de 1961 (RJ. 1962/263)²⁴, 12 de noviembre de 1990 (RJ. 1990/8698)²⁵ y 28 de julio de 1997 (RJ. 1997/5809)^{26/27} recuerda que no procede la revocación de la donación modal cuando no puede imputarse a los donatarios el incumplimiento de las cargas o condiciones impuestas por el donante²⁸.

²² SIRVENT GARCÍA, Jorge, *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, 2000, pp. 113 a 115, señala las diferencias existentes entre la donación modal (art. 647 CC) y la donación con cláusula de reversión (art. 641 CC) remitiéndose a lo expuesto en los Fundamentos de Derecho de las SSTS (Sala 1.^a) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960; ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) y 13 de julio 1989 (RJ. 1989/5607; ponente Excmo. Sr. don Manuel González Alegre y Bernardo). Afirma la primera de las sentencias citadas que «las donaciones con cláusula de reversión necesariamente hay que incluirlas en la modalidad de donaciones condicionales, en su verdadera acepción técnica, pues tal pacto supone el recobro por el donante de lo que regaló (para cualquier caso y circunstancia), o el paso de lo donado, desde el donatario a terceras personas, pudiendo establecerse la reversión tanto en favor del donante como del tercero, no sólo para si ocurre un cierto suceso, y entonces serían condicionales, sino también para cuando llegue cierto tiempo, y entonces serían a plazo; entendiéndose que la reversión acordada en favor del donante, y en el caso de que hubiesen muerto de sus herederos, habrá de corresponder a éstos, si vivieren al cumplirse la condición puesta para la reversión; conservando el donatario las facultades propias del titular de los bienes donados, si bien bajo la amenaza de perderlos si acontece el hecho reversal, y gozando tal hecho de la naturaleza propia de una condición resolutoria, bajo la que se hizo la donación, y cuyo cumplimiento producirá automáticamente la resolución de la misma. La donación con carga modal del artículo 647 del CC, supone en cambio una institución en la que el donante ha exigido al donatario la concurrencia de un modo, finalidad, carga, motivo o recomendación, cuyo incumplimiento puede dar lugar a la revocación o resolución de un contrato que en principio nació irrevocable por la sola voluntad del donante, pudiendo quedar sin efectos después, por la existencia de tales incumplimientos, y provocando un juego semejante al del artículo 1124 del CC, si bien con la notable diferencia de que los efectos no se producen *ipso iure*, facultándose por el contrario al donante para pedirlos judicialmente».

En relación con la denominada donación con cláusula de reversión, regulada en el artículo 641 del CC, puede consultarse: ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 265 a 303.

²³ Ponente Excmo. Sr. don Celestino Valledor.

²⁴ Ponente Excmo. Sr. don Joaquín Domínguez Molina.

²⁵ Ponente Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz.

Véanse los comentarios a esta sentencia de ARRIBAS QUEVEDO, Henar, «Aspectos sobre la donación modal: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 12 de noviembre de 1990», *Derecho y Opinión*, núm. 1, diciembre de 1993, pp. 183 a 188; y AMAT LLARI, Eulalia, «Comentario de la STS de 12 de noviembre de 1990», *CCJC*, núm. 25, enero-marzo de 1991, pp. 71 a 78.

²⁶ Ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

²⁷ En idéntico sentido se pronuncia la SAP de Ávila de 23 de febrero de 1998 (AC. 1998/3834; ponente Ilmo. Sra. Dña. M.^a Teresa del Caso Jiménez), la SAP de Pontevedra de 8 de febrero de 2001 (AC. 2001/482; ponente Ilmo. Sra. Dña. Ángela Domínguez-Viguera Fernández) y la SAP de Murcia de 11 de marzo de 2005 (JUR. 2005/100546; ponente Ilmo. Sr. don Juan Martínez Pérez).

²⁸ En la doctrina mantienen la misma tesis, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo VIII, vol. 2.^º, Madrid, 1986, p. 411, al afirmar que «la revocación no procede si el incumplimiento no es culpable»; DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, pp. 98 y 99; SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 187; y ZURILLA CARIÑANA, M.^a Ángeles, «Comentario del artículo 647 CC»,

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que cuando el artículo 647 del CC utiliza la expresión *condiciones* se está refiriendo al modo, no a las condiciones en sentido jurídico preciso²⁹ y que aunque el CC afirma que el incumplimiento del modo puede dar lugar a la revocación de la donación modal, se trata «más bien [de] una resolución³⁰,

Comentarios al CC (coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 828 y 829.

Por el contrario, DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis M.^a, «La revocación de la donación modal», *ADC*, 1983, fascículo I, p. 105, considera que el artículo 647 CC «exige para el ejercicio de la revocación el incumplimiento de modo, pero no necesariamente un incumplimiento imputable al donatario».

²⁹ En este mismo sentido, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.^a edición, Madrid, 1993, pp. 1638 y 1639; ARRIBAS QUEVEDO, Henar, «Aspectos sobre la donación modal: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.^a) de 12 de noviembre de 1990», *Derecho y Opinión*, núm. 1, diciembre de 1993, p. 187; DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, pp. 306, 330 y 331; FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, pp. 1810 y 1811; MARÍN CASTÁN, Francisco, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC* (coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo IV, Barcelona, 2000, pp. 195 y 196; NIETO ALONSO, Antonia, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998, p. 62; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 175 y 176.

GRAMUNT FOMBENA, M.^a Dolores, «Reflexiones en torno a la revocación de la donación», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Murcia, 2004, p. 2213, afirma en relación con esta cuestión que «no puede olvidarse el hecho de que la sanción prevista para el caso de incumplimiento no es la ineficacia automática de la donación sino la posibilidad de revocarla, lo cual no hace sino corroborar la afirmación de que estamos en presencia de un modo y no de una condición».

En términos similares se pronuncian las SSTS (Sala 1.^a) de 3 de noviembre de 1931 (Col. Leg. núm. 4; ponente Excmo. Sr. don Miguel García), 19 de octubre de 1973 (RJ. 1973/3800; ponente Excmo. Sr. don Manuel González Alegre y Bernardo), 25 de junio de 1990 (RJ. 1990/4893; ponente Excmo. Sr. don Alfonso Barcalá Trillo-Figuerola), 28 de julio de 1997 (RJ. 1997/5809; ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), 2 de noviembre de 1999 (RJ. 1999/7999; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz), 23 de noviembre de 2004 (RJ. 2004/7386; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz) y 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz), así como la SAP de Ávila de 23 de febrero de 1998 (AC. 1998/3834; ponente Ilma. Sra. Dña. M.^a Teresa del Caso Jiménez), la SAP de Pontevedra de 5 de junio de 2003 (AC. 2003/928; ponente Ilmo. Sr. don Antonio Gutiérrez Rodríguez-Moldes) y la SAP de Vizcaya de 20 de marzo de 2006 (JUR 2006/153729; ponente Ilma. Sra. Dña. María Concepción Marco Cacho).

³⁰ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.^a edición, Madrid, 1993, p. 1639, afirma que la revocación que prevé el artículo 647 del CC «es un caso de resolución análogo al del artículo 1124» del CC. [En idéntico sentido se pronuncian, entre otros, FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, p. 1818; DE LOS MOZOS, José Luis, «Revocación de donaciones por incumplimiento de cargas», *RCDI*, 1999, núm. 651, pp. 591 y 592; NIETO ALONSO, Antonia, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998, pp. 153 a 158; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 192.]

En términos similares se pronuncian las SSTS (Sala 1.^a) de 26 de mayo de 1988 (RJ. 1988/4340; ponente Excmo. Sr. don Ramón López Vilas), 31 enero de 1995 (RJ. 1995/390;

como se desprende del segundo párrafo del artículo [647 del CC], que atribuye a la revocación efectos *ex tunc*, con la ineficacia de los actos dispositivos realizados, a salvo la protección al tercero hipotecario derivada del principio de fe pública registral que consagra el artículo 34 de la Ley Hipotecaria»³¹.

En lo concerniente a la cuestión del supuesto carácter personalísimo de la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo y su intransmisible a los herederos del donante, la Sala Primera de nuestro Alto Tribunal considera que la citada acción es transmisible *mortis causa*, pues «ningún precepto dispone lo contrario, pero si el donante no la quiso ejercitar, no pueden tampoco hacerlo sus herederos»³².

En relación con el plazo de ejercicio de la acción de revocación de la donación por incumplimiento del modo, hay que recordar que nuestro CC guarda silencio sobre dicha cuestión. La Sala Primera del Tribunal Supremo, a pesar de la ausencia de regulación legal sobre la materia, mantiene, de forma prácticamente

ponente Excmo. Sr. don Teófilo Ortega Torres) y 28 de julio de 1997 (RJ. 1997/5809; ponente Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), así como la SAP de Girona de 2 de febrero de 1994 (AC. 1994/317; ponente Ilma. Sra. Dña. Nuria Bassols Muntada) y la SAP de Burgos de 17 de mayo de 1999 (AC. 1999/5308; ponente Ilma. Sra. Dña. María Esther Villamar San Salvador).

³¹ En este sentido se pronuncia la STS (Sala 1.^a) de 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz).

³² En este sentido se pronuncia la STS (Sala 1.^a) de 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz).

Asimismo se pronuncian en idéntico sentido, entre otras, las SSTS (Sala 1.^a) de 3 de diciembre de 1928 (Col. Leg. núm. 83; ponente Excmo. Sr. don Luis Ibargüen), 11 de diciembre de 1975 (RJ. 1975/4364; ponente Excmo. Sr. don Julio Calvillo Martínez) y 11 de diciembre de 1987 (RJ. 1987/9422; ponente Excmo. Sr. don Jaime Santos Briz), así como la STSJ de Aragón de 9 de noviembre de 1991 (RJ. 1992/7074; ponente Ilmo. Sr. don José Ramón San Román Moreno) y la SAP de Barcelona de 19 de diciembre de 2006 (JUR. 2007/139397; ponente Ilmo. Sr. don José Luis Valdivieso Polaino).

En relación con la cuestión de si la acción de revocación de la donación modal del artículo 647 CC es o no transmisible a los herederos del donante, véase el exhaustivo análisis doctrinal y jurisprudencial que realiza ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo VIII, vol. 2.^º, Madrid, 1986, pp. 379 a 402.

Por su parte, FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, p. 1821, considera que la acción de revocación de la donación modal no tiene carácter personalísimo y, por tanto, es transmisible a los herederos del donante. En parecidos términos se pronuncian ANDERSON, Miriam, *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005, p. 391; DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, p. 345, al afirmar que la acción de revocación del artículo 647 CC «es, por lo general, transmisible a los herederos, y que sólo no debe prosperar en el caso en que se pruebe que el donante pudo y no quiso ejercitála, no presumiéndose nunca esta falta de voluntad»; y también SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 203 a 207.

Por último, NIETO ALONSO, Antonia, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998, pp. 125 y 126, afirma que prefiere un criterio ecléctico, «ni acudir rígidamente a la defensa de la transmisible, ni a la de la intransmisible de la acción o, si se prefiere, defender la primacía de la voluntad y de las actuaciones del donante, para, a continuación, sostener una u otra postura».

unánime [entre otras, las SSTS (Sala 1.^a) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960)³³, 23 de noviembre de 2004 (RJ. 2004/7386)³⁴ y 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)³⁵], que el ejercicio de la acción de revocación por incumplimiento del modo está sometido a un plazo de caducidad³⁶.

Sin embargo, la jurisprudencia civil está dividida sobre si se trata de un plazo de caducidad de un año³⁷ o de cuatro años³⁸.

³³ Ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

³⁴ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

³⁵ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

³⁶ En este mismo sentido se pronuncian, entre otras, la SAP de Girona de 20 de noviembre de 1997 (AC. 1997/2321; ponente Ilmo. Sr. don Joaquim Miquel Fernández Font) y la SAP de Pontevedra de 5 de junio de 2003 (AC. 2003/928; ponente Ilmo. Sr. don Antonio Gutiérrez Rodríguez-Moldes).

La doctrina, de forma mayoritaria, también considera que se trata de un plazo de caducidad [así, por ejemplo, se pronuncian, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo VIII, vol. 2.^a, Madrid, 1986, pp. 409 y 410; y SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 201].

Por el contrario, DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, pp. 343 y 344; DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis M.^a, «La revocación de la donación modal», *ADC*, 1983, fascículo I, pp. 100 a 104; y NIETO ALONSO, Antonia, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998, p. 129, consideran que el plazo de ejercicio de la acción de revocación del artículo 647 CC es un plazo de prescripción.

³⁷ A favor de considerar que el plazo de ejercicio de la acción de revocación de las donaciones por incumplimiento del modo es un plazo de caducidad de un año se pronuncian, entre otras, las siguientes resoluciones judiciales: STS (Sala 1.^a) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960; ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade), SAP de Girona de 20 de noviembre de 1997 (AC. 1997/2321; ponente Ilmo. Sr. don Joaquim Miquel Fernández Font), SAP de Albacete de 31 de diciembre de 1998 (AC. 1998/2375; ponente Ilmo. Sr. don Eduardo Salinas Verdeguer), SAP de Burgos de 17 de mayo de 1999 (AC. 1999/5308; ponente Ilma. Sra. Dña. María Esther Villamar San Salvador) y SAP de La Coruña de 25 de marzo de 2004 (JUR. 2006/82667; ponente Ilmo. Sr. don José Ramón Sánchez Herrero).

En este mismo sentido se pronuncian, entre otros, ALBALADEJO GARCÍA, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia, *La donación*, Madrid, 2006, pp. 754 a 761; ANDERSON, Miriam, *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005, pp. 392 y 393; GRAMUNT FOMBENA, M.^a Dolores, «Reflexiones en torno a la revocación de la donación», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Murcia, 2004, p. 2219; y ZURILLA CARIÑANA, M.^a Ángeles, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentarios al CC* (coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 828 y 829.

Por su parte, NIETO ALONSO, Antonia, *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998, pp. 129 y 130, considera que el plazo de ejercicio de la acción de revocación del artículo 647 CC es un plazo de prescripción de un año (aunque la citada autora no excluye los argumentos a favor de considerar que se trata de un plazo de caducidad).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que el apartado 3.^º del artículo 531-15 del Libro Quinto del CC de Cataluña, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley catalana 5/2006, de 10 de mayo («BOE» de 22 de junio de 2006) adopta esta solución al establecer que «la acción revocatoria caduca al año contado desde el momento en que se produce el hecho que la motiva».

³⁸ A favor de considerar que el plazo de ejercicio de la acción de revocación de las donaciones por incumplimiento del modo es un plazo de caducidad de cuatro años se pronuncian las siguientes resoluciones judiciales: STS (Sala 1.^a) de 23 noviembre

Y, por último, respecto del interrogante sobre el carácter perpetuo o temporal del modo impuesto por el donante en una donación modal; esto es, si la posibilidad de revocar la donación modal por incumplimiento del modo, reconocida en el artículo 647 del CC, tiene carácter perpetuo, pudiendo el donante (o, en su caso, los herederos del donante) ejercitar la acción de revocación siempre que el modo se incumpla, con independencia del tiempo transcurrido desde el establecimiento del mismo, o si, por el contrario, transcurrido un determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo (la carga o la afección del bien al destino que estableció el donante), debe entenderse que aquél se ha cumplido y consumado y, por tanto, el donante no puede instar la revocación de la donación, aunque se «*incumpla*» el modo, hay que señalar lo siguiente: *a*) el CC guarda absoluto silencio sobre la cuestión; *b*) la doctrina no ha prestado especial atención a dicha cuestión; y *c*) si bien es cierto que las resoluciones judiciales no se pronuncian expresamente sobre esta cuestión, el análisis de la jurisprudencia civil permite llegar a la conclusión de que la mayoría de las sentencias dictadas por los tribunales del orden jurisdiccional civil [entre otras, las SSTS (Sala 1.^a) de 11 de marzo de 1988 (RJ. 1988/1960)³⁹ y 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)⁴⁰, así como la SAP de Girona de 2 de febrero de 1994 (AC. 1994/317)⁴¹] parecen defender la tesis de que el modo impuesto por el donante en una donación puede tener carácter perpetuo.

Ahora bien, a mi entender, debe cuestionarse si la doctrina que se extrae de las citadas sentencias en relación con esta materia es correcta y respetuosa con los principios que inspiran nuestro Ordenamiento. El estudio que realizo a continuación intenta encontrar una respuesta a dicho interrogante.

de 2004 (RJ. 2004/7386; ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz), SAP de Murcia de 11 de marzo de 2005 (JUR. 2005/100546; ponente Ilmo. Sr. don Juan Martínez Pérez) y SAP de Barcelona de 19 de diciembre de 2006 (JUR. 2007/139397; ponente Ilmo. Sr. don José Luis Valdivieso Polaino).

En este mismo sentido se pronuncian, entre otros, MARÍN CASTÁN, Francisco, «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC* (coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo IV, Barcelona, 2000, p. 197; FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita, «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, pp. 1819 a 1821; y SÁNCHEZ-CALERO ARIBAS, Blanca, *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 201.

Por su parte, DE LOS MOZOS, José Luis, *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000, pp. 340 a 344 y DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis M.^a, «La revocación de la donación modal», *ADC*, 1983, fascículo I, pp. 100 a 104, consideran que el plazo de ejercicio de la acción de revocación del artículo 647 CC es un plazo de cuatro años de prescripción, no de caducidad.

³⁹ Ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade.

⁴⁰ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

⁴¹ Ponente Ilma. Sra. Dña. Nuria Bassols Muntada.

III. LA PROHIBICIÓN DE VÍNCULOS PERPETUOS: UN PRINCIPIO GENERAL EN NUESTRO DERECHO

En nuestro Ordenamiento jurídico existe un espíritu contrario a la perpetuidad de las relaciones obligatorias y de los vínculos perpetuos, pudiéndose afirmar que «no gozan del favor de la jurisprudencia ni del de la doctrina»⁴².

Si bien es cierto que en nuestro Derecho no existe una norma que expresamente, con carácter general, prohíba las relaciones jurí-

⁴² En este sentido se pronuncia, entre otros, MORALES MORENO, Antonio Manuel, «El legado de renta perpetua», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, 2003, pp. 5391 y 5393.

Por su parte, PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «La libertad del dominio», *Propiedad y Derecho civil* (coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez), Madrid, 2006, p. 71, se pregunta «si es posible, mediante una compraventa o cualquier otro negocio jurídico (salvo el de constitución de una fundación), afectar o destinar perpetua y exclusivamente un bien, o cierta parte de él, a un uso determinado» y responde que dicha cuestión «merece, sin la menor duda, una respuesta negativa».

En relación con esta cuestión, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I, 4.^a edición, Madrid, 2001, pp. 325 y 326, afirma que «no cabe limitar una propiedad particular con la afectación perpetua del uso de un inmueble sólo a determinado destino» y que «ni siquiera puede pactarse la obligación de mantener esa afectación perpetua de destino porque entraña un ataque a la esencia del dominio».

Por su parte, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen III, 4.^a edición (primera en Civitas), Madrid, 1995, p. 53, afirma que «no se puede configurar una propiedad con privación del *ius utendi et fruendi* y del *ius disponendi*. No se la puede convertir a la propiedad en una concesión enfitéutica o en una concesión administrativa».

Asimismo, en relación con esta cuestión MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «El patrimonio», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, p. 684, afirma que «los sistemas de vinculación posibles en nuestro Derecho, desde los que se basan en la imposición de un deber, con mero alcance obligacional, hasta los que generan una carga real, y por ello oponible a terceros, presentan las notas de temporalidad forzosa y de necesaria reversión en caso de incumplimiento».

En términos parecidos se pronuncia MIÑARRO MONTOYA, Ricardo, «La propiedad desde el punto de vista del Derecho civil: limitaciones del derecho de propiedad», *Propiedad y Derecho civil* (coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez), Madrid, 2006, p. 252, al afirmar que «hay [...] una línea roja que no puede traspasar el dueño ni la comunidad por medio de la ley sin que el dominio se desnaturalice y deje de poder ser considerado tal, pues al dueño ha de quedar siempre el contenido esencial del derecho. Si una limitación de esta índole viniera impuesta por la ley, debería operar la expropiación forzosa. Pero el dueño no puede tampoco ceder el goce de una cosa perpetuamente, ni siquiera más allá de los límites marcados a las sustituciones fideicomisarias, lo que es consecuencia de la exclusión de las vinculaciones».

Pueden consultarse también las SSTS (Sala 1.^a) de 4 de junio de 1964 (RJ. 1964/3097; Ponente Excmo. Sr. don Emilio Aguado González) y de 26 de julio de 1993 (RJ. 1993/6318; Ponente Excmo. Sr. don Matías Malpica González-Elipe). Esta última sentencia recuerda en sus Fundamentos de Derecho que «la perpetuidad es opuesta a la naturaleza de la relación obligacional, al constituir una limitación de la libertad que debe presidir la contratación, que merece ser calificada como atentatoria al orden jurídico» y que una obligación supuestamente perpetua puede entrañar «un ataque a la esencia dominical» [en relación con estas sentencias véase el trabajo de PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «Sobre la libertad del dominio. (Cláusula de reversión, o de constitución de servidumbre personal perpetua, a favor de una persona jurídica)», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Madrid, 2003, pp. 4119 a 4137].

dicas perpetuas, no es menos cierto que el principio de temporalidad de las relaciones obligatorias y de prohibición de vínculos perpetuos se deduce, entre otras, de las siguientes normas⁴³:

a) El artículo 515 del CC que, en materia de derecho de usufructo, establece que «no podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo o Corporación o Sociedad por más de 30 años. Si se hubiese constituido, y antes de este tiempo el pueblo quedara yermo, o la Corporación o la Sociedad se disolviera, se extinguirá por este hecho el usufructo»⁴⁴.

b) El artículo 640 del CC que dispone que «se podrá donar la propiedad a una persona y el usufructo a otra u otras, con la limitación establecida en el artículo 781»⁴⁵.

c) El artículo 641 del CC, que, en relación con la denominada donación con cláusula de reversión⁴⁶, establece que «podrá establecerse válidamente la reversión a favor de sólo el donador para cualquier caso y circunstancias, pero no en favor de otras personas sino en los mismos casos y con iguales limitaciones que determina

⁴³ La sentencia del TSJ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de abril de 1999 (RJCA, 1999/2828; ponente Ilmo. Sr. don José Antonio Alberdi Larizgoitia) afirma que el principio de temporalidad de las relaciones o de prohibición de vínculos perpetuos se deduce también de los artículos 400 y 1052 del CC, así como del artículo 279 del CCO.

⁴⁴ En relación con el origen histórico de esta norma, MORALES MORENO, Antonio Manuel, «El legado de renta perpetua», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, 2003, pp. 5401 y 5402, señala que «en el Derecho romano se limita a cien años el usufructo que favorece a los municipios o ciudades (Gayo en don 7,1,56), para evitar que en este caso el usufructo sea perpetuo. El plazo se justifica en que cien años es, precisamente, el límite de duración de la vida humana en los sujetos más longevos; y en que, por tanto, en ese tiempo habrán muerto todos los habitantes de la ciudad que existieran al constituirse el usufructo. Pero en el Digesto también existe algún texto en el que la duración del usufructo se limita a treinta años (D. 35, 2, 68, 1). Y será precisamente este plazo, y no el de cien años, el que se tome en cuenta en el momento de la codificación para limitar la duración del usufructo constituido en favor de una persona jurídica».

En idéntico sentido se pronuncia GARCÍA GOYENA, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del CC español*, (Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo), Zaragoza, 1974, pp. 243 y 244.

Por su parte, la Ley 411 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra (aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo) establece que «cuando el titular es una persona jurídica, el usufructo que no tenga otro plazo se extingue a los cien años».

Por último, el apartado cuarto del artículo 561-3 del Libro Quinto del CC de Cataluña, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley catalana 5/2006, de 10 de mayo («BOE» de 22 de junio de 2006) dispone que «el usufructo a favor de una persona jurídica no puede constituirse por una duración superior a noventa y nueve años. Si el título de constitución no establece otra cosa, se presume constituido por treinta años».

⁴⁵ Téngase también en cuenta lo dispuesto en el artículo 787 del CC.

⁴⁶ En relación con esta materia pueden consultarse los trabajos de ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 282 a 303 y de SIRVENT GARCÍA, Jorge, *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, 2000.

este Código para las sustituciones testamentarias⁴⁷» y que «la reversión estipulada por el donante a favor de tercero contra lo dispuesto en el párrafo anterior, es nula; pero no producirá la nulidad de la donación».

d) El artículo 781 del CC al disponer, en materia de Derecho de sucesiones, que «las sustituciones fideicomisarias en cuya virtud se encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia, serán válidas y surtirán efecto siempre que no pasen del segundo grado, o que se hagan a favor de personas que vivan al tiempo del fallecimiento del testador»⁴⁸.

e) El artículo 785.2.^o y 3.^o del CC, también en materia de Derecho de sucesiones, al establecer que «no surtirán efecto: [...] las disposiciones que contengan prohibición perpetua de enajenar, y aun la temporal, fuera del límite señalado en el artículo 781 [ni] las que impongan al heredero el encargo de pagar a varias personas sucesivamente, más allá del segundo grado, cierta renta o pensión».

f) El artículo 1583 del CC que, en sede de arrendamiento de servicios, dispone que «puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por tiempo cierto, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo».

g) El artículo 1705 del CC que, en relación con el contrato de sociedad, dispone que «la disolución de la sociedad por la voluntad o renuncia de uno de los socios únicamente tiene lugar cuando no se ha señalado término para su duración, o no resulta éste de la naturaleza del negocio» y que «para que la renuncia surta efecto, debe ser hecha de buena fe en tiempo oportuno; además debe ponerse en conocimiento de los otros socios»⁴⁹.

h) El artículo 1750 del CC que, en materia de contrato de comodato, dispone que «si no se pactó la duración del comodato ni

⁴⁷ Se está refiriendo a los límites de las sustituciones fideicomisarias establecidos en el artículo 781 del CC.

ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 399 y 400, afirma que «el fundamento de la sustitución fideicomisaria, al igual que el de la donación con cláusula de reversión, se encuentra en el *ius disponendi* del propietario, en virtud del cual es posible «vincular temporalmente» los bienes y derechos, siempre que la vinculación no sobrepase el límite establecido en el artículo 781 CC.».

⁴⁸ BOSCH CARRERA, Antoni, «Antecedentes históricos», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, p. 2, afirma que «el fideicomiso es un encargo permanente, y el modo un encargo no permanente» y que esta distinción entre fideicomiso y modo «queda clara a partir de la codificación, pero no fue así históricamente». Señala que la distinción entre ambas figuras está en los artículos 781 y 788 del CC.

⁴⁹ Este precepto debe interpretarse conjuntamente con el artículo 1700.4.^o CC que establece que «la sociedad se extingue: [...] 4.^o Por la voluntad de cualquiera de los socios, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 1705 y 1707».

el uso a que había de destinarse la cosa prestada, y éste no resulta determinado por la costumbre de la tierra, puede el comodante reclamarla a su voluntad».

De esta breve enumeración de normas se deduce claramente que en nuestro Ordenamiento jurídico existe una tendencia a excluir no sólo las relaciones obligatorias de carácter perpetuo, que tanto la doctrina⁵⁰ como la jurisprudencia⁵¹ justifican en la protección de la libertad individual y que afecta, por tanto, al orden público, sino que también se excluyen los vínculos perpetuos⁵², porque desnaturalizan el derecho de propiedad al despojarlo de alguna (o algunas) de sus facultades principales: la facultad de propietario de disponer del bien y, en su caso, la facultad del propietario de decidir el destino del bien. Además, no debe olvidarse que los vínculos perpetuos, desde el punto de vista económico, perjudican el comercio, la libertad de las transacciones y dificultan, de un modo especial, cuando se trata de inmuebles, la conservación y mejora de los mismos⁵³.

No obstante, en nuestro Ordenamiento jurídico existe una institución que permite la vinculación permanente de los bienes a un

⁵⁰ Entre otros, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, 5.^a edición (segunda en Civitas), Madrid, 1996, pp. 323 y 324; MORALES MORENO, Antonio Manuel, «El legado de renta perpetua», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, 2003, p. 5414; y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «Comentario del artículo 1680 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.^a edición, Madrid, 1993, p. 1409.

⁵¹ Se pronuncian en este sentido, entre otras, las SSTS (Sala 1.^a) de 4 de junio de 1964 (RJ. 1964/3097; Ponente Excmo. Sr. don Emilio Aguado González), 19 de diciembre de 1985 (RJ. 1985/6600; ponente Excmo. Sr. don José María Gómez de la Bárcena y López), 3 de julio de 1986 (RJ. 1986/4408; ponente Excmo. Sr. don Cecilio Serna Velloso), 22 de marzo de 1988 (RJ. 1988/2224; ponente Excmo. Sr. don José Luis Albácar López), 15 de abril de 1988 (RJ. 1988/3150; ponente Excmo. Sr. don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade), 26 de julio de 1993 (RJ. 1993/6318; ponente Excmo. Sr. don Matías Malpica González-Elipe), 26 de octubre de 1998 (RJ. 1998/8237; ponente Excmo. Sr. don Francisco Morales Morales) y 13 de abril de 2004 (RJ. 2004/2619; ponente Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán).

⁵² BOSCH CARRERA, Antoni, «Antecedentes históricos», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, p. 5, afirma que «la vinculación no es una institución jurídica, sino el efecto de una prohibición de disponer. Cuando a una institución civil o eclesiástica se le establece una prohibición de disponer perpetua, o a muy largo plazo esta inscripción supone una vinculación. [...]. En la medida en que la prohibición de disponer es perpetua, surge una vinculación perpetua».

Por su parte, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, p. 61, señala que nuestro CC «prohibe cualquier fórmula mediante la que se pretenda alcanzar el resultado de la vinculación (arts. 640 y 785)».

⁵³ En términos similares se pronuncia ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 85 y 582. Asimismo afirma el citado autor que «las modernas legislaciones han de proveer medidas contra la perpetuidad, la amortización y la vinculación de la propiedad» (p. 582).

destino concreto para el cumplimiento de un determinado fin. Esta institución recibe el nombre de fundación y, en la actualidad, tiene un protagonismo especial en la satisfacción de intereses asistenciales, benéficos, culturales y docentes. Veamos, a continuación, de qué manera y con qué alcance se pueden vincular bienes a un determinado destino a través de una fundación.

1. Las fundaciones: un instrumento para vincular bienes de forma permanente a una concreta finalidad

Como acabo de señalar, en relación con la vinculación perpetua de los bienes a un determinado destino o fin, debe tomarse en consideración la normativa sobre fundaciones que existe en nuestro Ordenamiento⁵⁴. Asimismo es importante determinar si en la actualidad, en este concreto ámbito, son admisibles o no las cláusulas de reversión establecidas en los estatutos de una fundación por su fundador, en virtud de las cuales, en el caso de que la fundación se extinga, los bienes aportados a la fundación revertirán a su favor, a favor de sus herederos o a favor de terceros. Ciertamente la cuestión, aunque no sea objeto de estudio directo en este trabajo, es una cuestión próxima, que conviene dejar planteada y básicamente resuelta.

Como es sabido, el artículo 34 de la Constitución española de 1978 «reconoce el derecho de fundación para fines de interés general, con arreglo a la Ley». Pero, ¿qué es una fundación? El Legislador nos ofrece el siguiente concepto: «son fundaciones las organizaciones constituidas sin fin de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general»⁵⁵.

⁵⁴ PIÑAR MAÑAS, José Luis/REAL PÉREZ, Alicia, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Madrid, 2000, p. 28, afirman que «entre todos los medios técnicos-jurídicos viables para adscribir permanentemente bienes al cumplimiento de fines de interés general, la constitución de una fundación dotada de personalidad jurídica es, sin duda, el más importante y trascendente». En términos similares se pronuncian ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 509 y 510; y MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «El patrimonio», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneysto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, p. 684.

⁵⁵ Este es el concepto que nos ofrece el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones («BOE» de 27 de diciembre de 2002).

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 49/1988, de 22 de marzo, define las fundaciones como «la persona jurídica constituida por una masa de bienes vinculados por el fundador o fundadores a un fin de interés general».

Sobre el concepto de fundación, véase: CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «La extinción de la fundación», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 465 y 466; CUSCÓ, Margarita/CUNILLERA, Montserrat, *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre*, Madrid, 2003, pp. 36 a 47; GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ,

Aunque, por razones obvias, no me voy a detener en el examen de cada uno de los rasgos que definen a una fundación, sí creo conveniente analizar, brevemente, el requisito del carácter duradero de la afección de los bienes que forman el patrimonio de la fundación (esto es, la dotación) a la realización de fines de interés general a que hace referencia el artículo 2 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

La expresión contenida en el citado precepto relativa a que las fundaciones «tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general», es interpretada acertadamente por la doctrina, de forma mayoritaria, en el sentido de que la afección debe tener carácter permanente, lo cual no significa perpetuidad, sino cierta continuidad en el tiempo para que se cumplan los fines de la fundación. Esta interpretación se basa, entre otras razones, en la admisibilidad en nuestro Ordenamiento de las fundaciones temporales (conforme a lo dispuesto en el art. 39 CC y en el art. 31 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones)⁵⁶.

Y cuando la fundación se extingue por alguna de las causas que enumera el artículo 31 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fun-

Jorge, «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y figuras especiales», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 33 a 42; GONZÁLEZ CUETO, Tomás, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 48 a 54; GONZÁLEZ CUETO, Tomás, «El concepto de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 135 a 178; LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *La ordenación legal de las fundaciones*, Madrid, 2006, pp. 23 a 25, 35 a 37; MORILLO GONZÁLEZ, Fernando, *El Proceso de Creación de una Fundación*, 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 26 a 43; y SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, 2000, pp. 56 a 58.

⁵⁶ En este sentido se pronuncian, entre otros, DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 623 y 624; GONZÁLEZ CUETO, Tomás, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 52, 53 y 245; LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco, *La ordenación legal de las fundaciones*, Madrid, 2006, p. 37; ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 494 a 496; MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Angel, «Fundaciones y donaciones temporales», *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, volumen II, Madrid, 2001, pp. 1343 a 1348; y SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «El derecho de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, p. 104.

Por su parte, GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge, «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y figuras especiales», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 40 y 41, afirma en relación con esta cuestión que aunque la Ley admite la constitución de fundaciones de carácter temporal, «analizados los restantes preceptos de la Ley, más bien parece que la temporalidad se predica únicamente de la organización en su conjunto, y no de la afectación del patrimonio al interés general. [...] Una vez constituida la fundación, su patrimonio queda permanentemente afectado al cumplimiento de unos fines de interés general, cualesquiera que sean los avatares de la fundación en que se inserten esos bienes y derechos».

daciones, hay que plantearse las siguientes cuestiones: en primer lugar, ¿cuál es el destino de los bienes que formaban parte del patrimonio de la fundación extinguida? y, en segundo lugar, ¿surten efectos las cláusulas de reversión contenidas en los estatutos de la fundación en virtud de las cuales se dispone que los bienes de ésta reviertan a su fundador, a sus herederos o a un tercero?

La respuesta al primero de los interrogantes planteados se encuentra, en la actualidad, en los apartados segundo y tercero del artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, al disponer que «[l]os bienes y derechos resultantes de la liquidación se destinarán a las fundaciones o a las entidades no lucrativas privadas que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes, incluso para el supuesto de su disolución, a la consecución de aquéllos, y que hayan sido designados en el negocio fundacional o en los Estatutos de la fundación extinguida. En su defecto, este destino podrá ser decidido, en favor de las mismas fundaciones y entidades mencionadas, por el Patronato, cuando tenga reconocida esa facultad por el fundador, y, a falta de esa facultad, corresponderá al Protectorado cumplir ese cometido» (apartado segundo) y que «[n]o obstante lo dispuesto en el apartado anterior, las fundaciones podrán prever en sus Estatutos o cláusulas fundacionales que los bienes y derechos resultantes de la liquidación sean destinados a entidades públicas, de naturaleza no fundacional, que persigan fines de interés general» (apartado tercero)^{57/58}.

⁵⁷ CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «La extinción de la fundación», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 459 a 463 y 479 a 486, afirma que en este tema el artículo 33 de la Ley 50/2002, tiene en cuenta y respeta la voluntad del fundador. «Ahora bien, el precepto establece un límite a dicha voluntad, el destino de los bienes ha de ser una entidad o unas entidades sin ánimo de lucro que persigan fines de interés general y que tengan afectados sus bienes incluso para el supuesto de su disolución a la consecución de aquellos. [...]. Se trata con la norma de que los bienes fundacionales queden adscritos definitivamente a la realización de fines de interés general» (pp. 482 y 483).

En relación con esta cuestión pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 633 a 644; GONZÁLEZ CUETO, Tomás, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra), 2003, pp. 259 a 263; MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «El patrimonio», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 664 a 667, 705 y 706; MORILLO GONZÁLEZ, Fernando, *La fundación: concepto y elementos esenciales*, Madrid, 2001, pp. 64 y 65, afirma que «una vez que se destina un patrimonio a la realización de un fin de interés general, aunque éste sea temporal y se extinga la fundación, el patrimonio estará siempre afectado de forma irrevocable a la realización de fines de este tipo, bien sea a través de otra fundación, una entidad no lucrativa privada, o una entidad pública, no fundacional, que persiga fines de esta clase» (téngase en cuenta que el citado trabajo se realiza estando vigente la Ley 30/1994); y ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 170 y 171.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, señala que de «la doctrina constitucional elaborada en esta materia no puede deducirse que forme parte de esa imagen reconocible de la institución preservada por el artículo 34 CE la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales. El interés jurídico

Y en lo concerniente al segundo interrogante planteado; esto es, si conforme a la legislación estatal sobre fundaciones⁵⁹,

co protegido por el artículo 34 CE exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al «interés general» en tanto subsista el ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación. De suerte que el mencionado precepto constitucional no cierra las opciones del legislador puesto que no limita su libertad de configuración de las fundaciones imponiéndole, como contenido esencial del derecho preservado, cuál haya de ser, una vez extinguida, el destino de los bienes y derechos con los que se dote a la fundación. Por lo demás ya hemos visto que las normas legales dictadas por el Estado al amparo del artículo 149.1.1 CE no contienen criterios restrictivos en punto a esta cuestión y «que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzaran a bienes o derechos distintos de aquéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación». (Fundamento Jurídico 7.º).

En términos similares se pronuncia MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel, «Fundaciones y donaciones temporales», *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, volumen II, Madrid, 2001, p. 1342, cuando afirma que el derecho de reversión no contradice el concepto constitucional de fundación.

⁵⁸ Con anterioridad a la aprobación de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (derogada por la vigente Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones), esta cuestión se resolvía conforme a lo dispuesto en el artículo 39 del CC que establece lo siguiente: «[s]i por haber expirado el plazo durante el cual funcionaban legalmente o por haber realizado el fin para el cual se constituyeron, o por ser ya imposible aplicar a éste la actividad y los medios de que disponían, dejasen de funcionar las corporaciones, asociaciones y fundaciones, se dará a sus bienes la aplicación que las leyes, o los estatutos, o las cláusulas fundacionales les hubiesen en esta previsión asignado. Si nada se hubiere establecido previamente, se aplicarán esos bienes a la realización de fines análogos, en interés de la región, provincia o municipio que principalmente debieran recoger los beneficios de las instituciones extinguidas».

En relación con la interpretación y alcance del artículo 39 del CC, véase: CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Comentario del artículo 39 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 247 a 251 [también puede consultarse de este mismo autor su trabajo titulado «El artículo 39 del CC y la extinción de las fundaciones», *Centenario del CC*, tomo I, Madrid, 1990, pp. 371 a 391]; CAPILLA RONCERO, Francisco, «Comentario del artículo 39 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo I, vol. 3.º, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 915 a 920; y SERRANO CHAMORRO, M.º Eugenia, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, 2000, pp. 254 a 257.

⁵⁹ Aunque en nuestro Ordenamiento jurídico la normativa estatal sobre fundaciones coexiste con las normas que las diferentes Comunidades Autónomas han dictado sobre la materia, en el presente trabajo sólo se hace alusión a la normativa estatal sobre fundaciones. Ahora bien, es necesario señalar que en determinadas cuestiones la regulación estatal y autonómica es muy diferente, lo que a juicio de algún autor «plantea problemas en cuanto al ejercicio del derecho de fundación en condiciones de igualdad» [véase: DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 635 y 636]. En concreto, y a efectos de lo que nos interesa para este estudio, diversas normas autonómicas establecen que el destino de los bienes resultantes de la liquidación será el previsto por el fundador sin que se imponga a éste ningún tipo de límite; se admiten, por tanto, las cláusulas de reversión [en este sentido, el artículo 47 de la Compilación de Derecho civil Foral de Navarra (aprobada por la Ley 1/1973, de 1 de marzo; publicada en el BOE de los días 7 a 14 de marzo de 1973) establece que «el acto fundacional o los estatutos podrán establecer la reversión de los bienes en favor de los herederos del fundador o de determinadas personas, sean o no parientes de éste, con el límite de la Ley 224» y el artículo 27.2 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid (Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid de 9 de marzo de 1998) dispone que «a los bienes y derechos resultantes de la liquidación de una fundación extinguida se les dará el destino previsto por el fundador»].

actualmente vigente, son admisibles o no las cláusulas de reversión de los bienes de una fundación establecidas a favor de su fundador, de los herederos de éste o de un tercero, la respuesta de la doctrina no es pacífica⁶⁰.

Una primera tesis doctrinal considera, con carácter general, que, conforme a lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, no es admisible la reversión de los bienes de una fundación extinguida a favor del fundador, de los causahabientes de éste o de un tercero (salvo que el fundador sea una fundación o la reversión se prevea a favor de una entidad privada sin ánimo de lucro o de una entidad pública, de naturaleza no fundacional, que persiga fines de interés general, conforme a lo establecido en los apartados segundo y tercero del artículo 33 de la

El Tribunal Constitucional en su sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, ha declarado la constitucionalidad del artículo 27.2 de la Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad de Madrid, interpretado en los términos expuestos en el Fundamento Jurídico 7.º de la citada sentencia.

En relación con la competencia de las Comunidades Autónomas para legislar en materia de fundaciones, así como la enumeración de las distintas normas autonómicas que se han dictado sobre la materia, véanse, entre otros, los siguientes trabajos: LÓPEZ-NIETO Y MALLÓ, Francisco, *La ordenación legal de las fundaciones*, Madrid, 2006; y SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «El derecho de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 107 a 122.

⁶⁰ En relación con esta cuestión, CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones», *Presente y futuro de las fundaciones* (dirigido y coordinado por R. de Lorenzo García y M. A. Cabra de Luna), Madrid, 1990, pp. 56 a 58, antes de la aprobación de la Ley 30/1994, se planteaba estas dos cuestiones: ¿el poder de decisión del fundador en relación con el destino de los bienes es ilimitado? y si «¿podría el fundador disponer que el patrimonio resultante de la liquidación pasara a manos de particulares?». La respuesta que nos ofrece es la siguiente: «[e]l artículo 39 del Código [civil] no pone límite alguno a la voluntad del fundador. Por ello hay autores que no ven ningún obstáculo para que el fundador disponga lo que quiera sobre el destino de los bienes de la Fundación extinguida, incluso aunque ello suponga sustraerlos de una utilización con fines de interés general. [...]. Sin embargo, el tema presenta más complicaciones de lo que a primera vista puede parecer. En primer lugar porque sobre él planea todo el conjunto de limitaciones que fueron establecidas por el legislador del XIX a las vinculaciones. No olvidemos que el interés público del fin fundacional justificó la excepción a aquellas limitaciones».

Por su parte, DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 637 a 639, afirma que «[d]entro del destino de los bienes de las fundaciones extintas la posible inclusión de cláusulas de reversión es, sin duda, una de las cuestiones más importantes y espinosas dentro de la problemática fundacional, en general, y de la extinción de éstas, en particular. La posibilidad o no de reversión de los bienes a favor tanto del propio fundador como de sus posibles herederos es un problema planteado no sólo a partir de la entrada en vigor de la Ley 30/1994, sino discutido por la doctrina desde hace tiempo» y que «la reversión de los bienes es una materia que se ha visto con rechazo por gran parte de la doctrina». Asimismo señala que aunque la reversión ha sido admitida expresamente por el propio Tribunal Supremo, «[l]a entrada en vigor de la Ley 30/1994 supuso una importante inflexión en esta materia a la vista del contenido del artículo 31 de la misma», siendo la opinión mayoritaria la que «entendía que la Ley 30/1994 proscribía la posibilidad de incluir alguna cláusula de reversión que estableciese un destino diferente, para los bienes resultantes de la liquidación del previsto en el artículo 31.2 y 3 de la propia Ley» y que la vigente Ley 50/2002 no ha introducido ninguna novedad en la materia.

Ley 50/2002)⁶¹. O dicho con otras palabras, el fundador no tiene un poder absoluto para imponer el destino del patrimonio remanente de la fundación que se ha extinguido por alguna de las causas que enumera el artículo 31 de la Ley 50/2002, sino que su voluntad sobre este particular sólo vincula si ordenó que los citados bienes se destinen a fines de interés general.

Por el contrario, otro sector doctrinal⁶² considera que hay que dar una respuesta más flexible a dicho interrogante y distinguir entre

⁶¹ CAFFARENA LAPORTA, Jorge, «La extinción de la fundación», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 486 a 489, afirma que en la actualidad no cabe que el fundador establezca en el negocio fundacional una cláusula de reversión a favor suyo, ni de herederos ni de terceros. El citado autor realiza interesantes observaciones sobre las ventajas e inconvenientes de la admisibilidad de las denominadas cláusulas de reversión en esta materia y concluye afirmando que «la admisibilidad de las llamadas cláusulas de reversión presenta bastantes más inconvenientes que ventajas».

En este mismo sentido se pronuncian, entre otros, CABRA DE LUNA, Miguel Ángel, «Perspectivas de futuro», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo II, Barcelona, 2007, p. 1649, al afirmar que «[a] partir de la derogada Ley 30/94 y de la vigente 50/2002 no cabe hablar de la posibilidad de reversión de los bienes fundacionales a manos del fundador, sus herederos o persona por él designada (art. 33 en relación con el 11.2)»; CARRANCHO HERRERO, Teresa, «La extinción de las fundaciones», *Derecho Privado y Constitución*, 1996, núm. 8, pp. 28, 33, 34 y 38, afirma que el destino de los bienes de la fundación extinta es «una cuestión conectada con la propia esencia del negocio fundacional, o más bien del concepto de fundación, lo que indefectiblemente nos lleva a considerar que los bienes de la fundación han de ir unidos en todo caso a la consecución de fines de interés general. Esto [...] implica que deba considerarse parte del contenido esencial, lo que nos lleva a afirmar que las normas que establecen la libertad del fundador para decidir el destino de los bienes entran en contradicción con los preceptos que en la nueva ley regulan el contenido esencial del derecho de fundación, en desarrollo del artículo 34 de la Constitución en relación con el 53 del texto constitucional» (téngase en cuenta que el citado trabajo se realiza estando vigente la Ley 30/1994); CUSCÓ, Margarita/CUNILLERA, Montserrat, *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre*, Madrid, 2003, p. 212; GONZÁLEZ CUETO, Tomás, *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Cízur Menor (Navarra), 2003, pp. 260 y 263; MONTÉS PENADÉS, Vicente L., «El patrimonio», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 706 y 707; y MORILLO GONZÁLEZ, Fernando, *La fundación: concepto y elementos esenciales*, Madrid, 2001, pp. 55 a 58 (téngase en cuenta que el citado trabajo se realiza estando vigente la Ley 30/1994).

Por su parte, LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, «Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1993, núm. 4, p. 92, se cuestiona «si el mejor criterio legislativo sobre el particular es establecer que los bienes adscritos a una fundación no pueden retornar al fundador (o a sus sucesores) en caso de disolución o extinción sobrevenida de la fundación o, por el contrario, resulta preferible que quepa el retorno de los bienes a la [...] línea familiar de la que procedían en el momento constitutivo de la fundación». A juicio del citado autor, «una vez constituida y dotada patrimonialmente la fundación, la dinámica fundacional no debería permitir la “marcha atrás” del patrimonio fundacional; de tal manera que los fundadores(y/o sus sucesores o herederos) no podrían argüir derechos o expectativas algunas en relación con los bienes fundacionales».

⁶² En este sentido se pronuncia, principalmente, ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 32, 38, 552 a 603.

Mantienen una tesis similar, DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica, «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 640 a 644; PIÑAR MAÑAS, José Luis/REAL PÉREZ, Alicia, *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Madrid, 2000, pp. 160 a 166; y SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia, *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid,

la cláusula de reversión, entendida como la «disposición en la que el fundador prevé cual ha de ser el destino de los bienes que aporta a la fundación una vez se cumpla un plazo o condición» y otro tipo de cláusulas que contienen disposiciones del fundador en las que se «ordena cual ha de ser el destino de los bienes remanentes de la fundación extinta»⁶³. Los defensores de esta tesis afirman que en nuestro Ordenamiento jurídico sí son admisibles las cláusulas de reversión establecidas por el fundador o por un tercero⁶⁴ respecto de los bienes que cada uno de ellos ha aportado al patrimonio de la fundación, siempre que se respeten los límites que el artículo 781 del CC establece en materia de sustituciones fideicomisarias⁶⁵. Sin embargo, niegan eficacia a las cláusulas establecidas por el fundador en virtud de las cuales se establece el destino del patrimonio remanente de la fundación, una vez que se ha liquidado ésta, cuando dicho destino no es acorde con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones.

Finalmente, a este respecto, es interesante recordar que el Tribunal Constitucional ha declarado, en su sentencia 341/2005, de 21 de diciembre, que el artículo 34 de la Constitución española de 1978 no exige «la afectación perpetua de los bienes o derechos al servicio de intereses generales» y que el interés jurídico protegido por el citado precepto «exige que los bienes y derechos con que se dote a la fundación sirvan al “interés general” en tanto subsista el

2000, pp. 296 a 301. [Téngase en cuenta que los dos últimos trabajos citados se realizan bajo la vigencia de la Ley 30/1994; ahora bien, considero que las conclusiones a las que llegan los citados autores tienen plena validez en la actualidad.]

Por su parte, SERRA RODRÍGUEZ, Adela, «El derecho de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 104 a 106, al amparo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la materia (en concreto, la STC 341/2005, de 21 de diciembre), parece inclinarse a favor de la tesis que admite la validez de las cláusulas de reversión en ámbito de las fundaciones.

En términos similares se pronuncia DURÁN RIVACOBA, Ramón, *El Negocio Jurídico Fundacional*, Pamplona, 1996, p. 219.

⁶³ En este sentido se pronuncia ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 32 y 170. El citado autor afirma que «la confusión originada al equiparar estas dos disposiciones diferentes ha desembocado en la generalización de la opinión que defiende la ilicitud de la mal llamada cláusula de reversión». Asimismo señala que tienen naturaleza jurídica distinta («la disposición reversalión supone un gravamen al derecho transmitido a la fundación mientras que la disposición que prevé el destino de los bienes de la fundación tras su liquidación es una disposición estatutaria») y que ambas desarrollan su eficacia en momentos diferentes («si la reversión se ordena para el momento en que se produzca la extinción de la fundación, ésta tiene lugar en el mismo momento en que tenga lugar una de las circunstancias previstas en el artículo [31 de la Ley de Fundaciones]; sin embargo, la atribución a una nueva entidad de los bienes restantes tras la liquidación se produce en un momento posterior, una vez hayan terminado las operaciones de liquidación»).

⁶⁴ Por ejemplo, el donante de unos bienes a favor de la fundación.

⁶⁵ En relación con los argumentos que se esgrimen a favor de la admisibilidad de las cláusulas de reversión, véase: ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier, *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003, pp. 577 a 602.

ente fundacional, pero no prescribe la permanente afectación tras la extinción de la fundación». Asimismo, el Tribunal Constitucional afirma en la mencionada sentencia «que la caracterización de las fundaciones como organizaciones sin afán de lucro no resultaría compatible con eventuales cláusulas de reversión que alcanzarán a bienes o derechos distintos de aquéllos con los que el propio fundador dotó a la fundación» (Fundamento Jurídico 7.º).

Todo lo expuesto en materia de fundaciones confirma que en nuestro Derecho no son admisibles los vínculos perpetuos; es más, ni siquiera la regulación legal de las fundaciones, institución que permite la afectación de un patrimonio a la realización de fines de interés general, establece que dicha afectación tenga carácter perpetuo, sino simplemente que los bienes que forman parte del patrimonio de la fundación deben destinarse «de modo duradero» al cumplimiento de los fines de la misma, lo cual es interpretado por la doctrina en el sentido de que los bienes se destinen durante cierto tiempo a la satisfacción de dichos fines.

IV. LA CESIÓN GRATUITA DE BIENES EN EL ÁMBITO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: UN SUPUESTO ANÁLOGO A LA DONACIÓN MODAL DEL ARTÍCULO 647 DEL CC

Anteriormente he señalado que la regulación contenida en el artículo 647 del CC en materia de revocación de las donaciones modales por incumplimiento del modo o de las cargas es manifestamente insuficiente, pues el citado precepto guarda silencio, entre otras cuestiones, sobre si el modo tiene carácter perpetuo o si transcurrido un determinado plazo de tiempo cumpliéndose el modo (esto es, la carga o la afección del bien al destino que estableció el donante), debe entenderse que aquél se ha cumplido y consumado. A este respecto debe recordarse que la jurisprudencia reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo parece inclinarse por la tesis de considerar que el modo o carga impuesto en una donación puede tener carácter perpetuo [la sentencia de 20 de julio de 2007 (RJ. 2007/4696)⁶⁶, como anteriormente se ha señalado, es un claro ejemplo de esta tesis].

Sin embargo, en el ámbito del Derecho administrativo existe un conjunto de normas, aprobadas tanto por el Legislador estatal como por el Legislador autonómico, que regulan con mayor precisión las

⁶⁶ Ponente Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz.

donaciones y las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas⁶⁷. El estudio de estas normas aportará elementos para clarificar la cuestión de si el modo o la carga impuesta por el donante en una donación puede tener carácter perpetuo y permitirá extraer principios extrapolables al ámbito de las donaciones modales que se rigen por el CC, pues como señalan numerosas resoluciones judiciales, dictadas por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa, se trata de supuestos muy similares [en este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS (Sala 3.^a) de 28 de septiembre de 1992 (RJ. 1992/7025)⁶⁸, 28 de abril de 1993 (RJ. 1993/2777)⁶⁹, 12 de junio de 2001 (RJ. 2001/7760)⁷⁰, 5 de junio de 2003 (RJ. 2003/5541)⁷¹, 14 de febrero de 2006 (RJ. 2006/2105)⁷² y 21 de febrero de 2006 (RJ. 2006/1932)⁷³, la STSJ del País Vasco de 7 de abril de 1999 (RJCA. 1999/2828)⁷⁴, así como las sentencias de la Audiencia Nacional⁷⁵ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de julio de 2001 (JUR. 2001/294598)⁷⁶, 18 de enero de 2002 (JUR. 2002/142996)⁷⁷ y 28 de mayo de 2002 (JUR. 2003/67875)⁷⁸].

1. La normativa reguladora de las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas

El régimen jurídico de las donaciones y de las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas se encuentra en las siguientes normas estatales y autonómicas:

- *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.*

⁶⁷ Ahora bien, esta mayor regulación legal de las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito del Derecho administrativo, no evita que también exista sobre la materia un elevado grado de litigiosidad ante los Tribunales de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo.

En relación con esta cuestión, véase: CIRIA PÉREZ, Francisco Javier, «La reversión de los bienes enajenados o cedidos por los Ayuntamientos por incumplimiento de las condiciones impuestas», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 1998, núm. 276, pp. 203 a 231.

⁶⁸ Ponente Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

⁶⁹ Ponente Excmo. Sr. don José María Sánchez-Andrade y Sal.

⁷⁰ Ponente Excmo. Sr. don Enrique Lecumberri Martí.

⁷¹ Ponente Excmo. Sr. don Manuel Poded Miranda.

⁷² Ponente Excmo. Sr. don Rafael Fernández Valverde.

⁷³ Ponente Excmo. Sr. don Rafael Fernández Valverde.

⁷⁴ Ponente Ilmo. Sr. don José Antonio Alberdi Larizgoitia.

⁷⁵ En adelante, SSAN.

⁷⁶ Ponente Ilmo. Sr. don José María Gil Sáez.

⁷⁷ Ponente Ilma. Sra. Dña. Pilar Teso Gamella.

⁷⁸ Ponente Ilma. Sra. Dña. Ana Isabel Martín Valero.

- *Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.*
- *Ley 11/1981, de 7 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña.*
- *Ley 3/1985, de 12 de abril, del Parlamento de Galicia, sobre normas reguladoras del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia.*
- *Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Parlamento de Castilla-La Mancha, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.*
- *Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Parlamento de Andalucía, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía.*
- *Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, del Parlamento de Navarra, de Régimen de la Administración Local.*
- *Ley 1/1991, de 21 de febrero, del Parlamento del Principado de Asturias, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Asturias.*
- *Ley 2/1992, de 9 de julio, de la Asamblea de Extremadura, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura.*
- *Ley 3/1992, de 30 de julio, de la Asamblea Regional de Murcia, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Murcia.*
- *Ley 5/1997, de 22 de julio, del Parlamento de Galicia, de Administración Local de Galicia.*
- *Ley 7/1999, de 29 de septiembre, del Parlamento de Andalucía, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía.*
- *Ley 3/2001, de 21 de junio, de la Asamblea de Madrid, sobre normas reguladoras del Patrimonio de la Comunidad de Madrid.*
- *Ley 6/2001, de 11 de abril, del Parlamento de las Islas Baleares, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares.*
- *Ley 14/2003, de 10 de abril, de las Cortes Valencianas, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana.*
- *Ley 11/2005, de 19 de octubre, del Parlamento de La Rioja, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja.*
- *Ley 3/2006, de 18 de abril, del Parlamento de Cantabria, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria.*
- *Ley 5/2006, de 17 de noviembre, del Parlamento Vasco, de Patrimonio del País Vasco.*
- *Ley 6/2006, de 17 de julio, del Parlamento de Canarias, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias.*

- *Ley 11/2006, de 26 de octubre, de las Cortes de Castilla y León, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León.*
- *Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Parlamento de Navarra, de Patrimonio de Navarra.*

Con la finalidad de proporcionar la mayor información posible sobre la materia, evitando romper el hilo argumental de esta investigación, los preceptos relacionados con el régimen jurídico de las donaciones y de las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas que se contienen en cada una de las normas citadas, se transcriben literalmente en un anexo legislativo en la parte final del presente trabajo⁷⁹.

Y en todo caso, del análisis de las citadas normas se pueden extraer, a mi juicio, las siguientes conclusiones:

a) Tanto el Legislador estatal como el Legislador autonómico se muestran contrarios al carácter perpetuo del modo o la carga (por ejemplo, la afectación de los bienes a determinados destinos) que se imponen en las donaciones o en las cesiones gratuitas de bienes, cuando una o ambas partes en dicho negocio es una Administración Pública.

b) No existe unanimidad respecto del plazo de tiempo que tiene que transcurrir para poder afirmar que el modo se ha cumplido y consumado. Aunque los plazos que se establecen en dichas normas son muy diversos (4, 20, 30 o 50 años), lo cierto es que la mayoría de las normas optan por el plazo de 30 años, señalando expresamente que cuando los bienes se han adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, ésta «se entenderá cumplida y consumada cuando durante 30 años hubieren servido a tales destinos»⁸⁰. Se trata, a mi entender, de un plazo de tiempo razonable, que consigue un adecuada ponderación de los intereses en juego⁸¹.

⁷⁹ Véase el apartado VI de este trabajo titulado *Anexo Legislativo*.

⁸⁰ En este sentido se pronuncia, entre otras, el artículo 21 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

⁸¹ PANTALEÓN PRIETO, Fernando, «La libertad del dominio», *Propiedad y Derecho civil* (coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez), Madrid, 2006, p. 76, se pregunta «cuál será el plazo máximo de eficacia de un pacto de destinación exclusiva de un bien, o una concreta parte del mismo, a un determinado uso» y afirma que «la respuesta correcta es treinta años, por aplicación del principio inspirador de la norma del inciso primero del artículo 515 del CC». Señala el citado autor que «por aplicación del principio [...] de que una disociación indefinida o potencialmente perpetua entre la propiedad de un bien y su goce o disfrute no puede durar más de treinta años» y que este principio «parece haber inspirado también la norma del apartado 4 del artículo 21 de la [...] Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas».

Sin embargo, la interpretación que los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa realizan de las mencionadas normas (fundamentalmente del art. 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986⁸²)⁸³ no es pacífica. Veámoslo a continuación.

2. La interpretación jurisprudencial de la normativa reguladora de la cesión gratuita de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas

El análisis de las sentencias de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la materia pone de manifiesto que existen dos líneas jurisprudenciales en relación con la cuestión de si las cargas impuestas en las cesiones gratuitas de bienes, cuando no se ha establecido expresamente un plazo de duración, tienen carácter perpetuo o si, por el contrario, transcurrido un determinado plazo de tiempo (en concreto, 30 años) puede entenderse que las cargas o condiciones impuestas por el cedente se han cumplido y, por tanto, no procede la reversión de los bienes, aunque el cesionario posteriormente quebrante dichas cargas o condiciones (por ejemplo, cambia el destino del bien que se estableció en el acuerdo de cesión gratuita).

2.1 TESIS JURISPRUDENCIAL FAVORABLE AL CARÁCTER PERPETUO DE LAS CARGAS MODALES IMPUESTAS EN LA CESIÓN GRATUITA DE BIENES

Una primera línea jurisprudencial defiende que la carga o modo impuesto en la cesión gratuita continúa produciendo sus efectos más allá de los 30 años; esto es, el transcurso de 30 años no exime o libera a la Administración donataria o cesionaria de la obligación de continuar con el cumplimiento del modo o carga impuesta por el donante o cedente, y, en consecuencia, el incumplimiento del mismo, aún transcurridos los 30 años, posibilita y permite el ejercicio de la acción de reversión. En definitiva, conforme a esta tesis, procede la reversión del bien, cuando el cesionario, aunque hayan transcurridos más de 30 años, cambia el fin o destino establecido en la donación o cesión para el bien donado o cedido. En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS (Sala 3.^a) de 28 de abril de

⁸² Aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio («BOE» de 7 de julio de 1986).

⁸³ Así como del derogado artículo 97 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 [aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955 («BOE» de 14 de julio de 1955)].

1993 (RJ. 1993/2777)⁸⁴, 12 de junio de 2001 (RJ. 2001/7760)⁸⁵, 5 de junio de 2003 (RJ. 2003/5541)⁸⁶, 14 de febrero de 2006 (RJ. 2006/2105)⁸⁷ y 21 de febrero de 2006 (RJ. 2006/1932)⁸⁸, las SSAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 12 de julio de 2001 (JUR. 2001/294598)⁸⁹, 18 de enero de 2002 (JUR. 2002/142996)⁹⁰

⁸⁴ Ponente Excmo. Sr. don José María Sánchez-Andrade y Sal.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo mantiene en los Fundamentos de Derecho de esta sentencia que la cesión de unos terrenos hecha por el Ayuntamiento de Lugo al Ramo de Guerra en 1940, cesión ratificada en 1954, «no fue una donación pura y simple, sino una donación sometida a la exigencia de ser destinados los terrenos que constituyan su objeto a los servicios del Ejercito, con ello, al mismo tiempo que se contribuía a un fin de interés general, la Comunidad Municipal, indirectamente se veía beneficiada con la instalación de tales servicios, desaparecida la base, causa de la cesión y a cuya vigencia se subordina ésta, no sólo sería injusto, por contradecir el Ordenamiento jurídico, sino incorrecto, implicando un enriquecimiento indebido, que la Administración militar siga detentando unos bienes, pretendiendo en su provecho enajenarlos, cuando éstos fueron adquiridos por el Ayuntamiento de Lugo a costa de grandes sacrificios para destinárslos a un servicio del Ejercito español aprovechándose de los beneficios que éste produciría a la comunidad lucense». Nuestro Alto Tribunal considera que la entidad cedente (el Ayuntamiento de Lugo) tiene derecho a la reversión de los terrenos porque el cedentario (el Ministerio de Defensa) ha incumplido el gravamen impuesto en la donación (considera que se trata de una donación modal del art. 647 CC), pese a que durante más de 30 años el cedentario ha cumplido el modo, destinando los terrenos a servicios propios del Ejercito español.

⁸⁵ Ponente Excmo. Sr. don Enrique Lecumberri Martí.

El Tribunal Supremo declara en la presente sentencia que procede la reversión al Ayuntamiento de Lugo (cedente) de los terrenos que éste cedió al Ministerio de Defensa (cedentario) para una específica finalidad en 1889 porque «la causa del referido negocio, es decir, la razón justificativa de su eficacia jurídica fue la cesión gratuita de unos terrenos municipales para que el Ejercito los destinara a campo de tiro, [...] por lo que al declarar el Ministerio de Defensa, [...], su desafectación [en 1992], desapareció la causa que justificó la *ratio essendi* de aquél negocio jurídico y, por ende, su eficacia jurídica».

⁸⁶ Ponente Excmo. Sr. don Manuel Goded Miranda.

⁸⁷ Ponente Excmo. Sr. don Rafael Fernández Valverde.

Véanse las reflexiones que SERRANO FERRER, M.^a Esperanza, «Reversión de terrenos cedidos por Ayuntamientos después de 30 años. Las Casas Cuartel. STS 14-feb-06», <http://www.administracionpublica.com/content/view/235/1/> (fecha de consulta: 8-2-2008), realiza a propósito de esta sentencia.

⁸⁸ Ponente Excmo. Sr. don Rafael Fernández Valverde.

Nuestro Alto Tribunal mantiene en esta sentencia que aún transcurridos los 30 años cumpliéndose el destino previsto, la carga o modo impuesta con la cesión o donación continúa, más allá de los 30 años, produciendo sus efectos, procediendo la reversión si el donatario o cedentario procede a su cambio de destino. Asimismo señala que el destino durante 30 años de los bienes donados o cedidos al fin o destino contemplado en la donación o cesión, no exime o libera a la Administración donataria o cedentaria de la obligación de continuar con el cumplimiento del modo o carga impuesta por el donante o cedente, y, en consecuencia, el incumplimiento del mismo, aún transcurridos los 30 años, posibilita y permite el ejercicio de la acción de reversión.

⁸⁹ Ponente Ilmo. Sr. don José María Gil Sáez.

En esta sentencia se afirma expresamente que procede la reversión, aunque el bien se haya destinado al fin previsto en la donación durante más de 30 años.

⁹⁰ Ponente Ilma. Sra. Dña. Pilar Teso Gamella.

En esta resolución judicial se aborda la cuestión de si transcurridos 30 años cumpliéndose la finalidad prevista en la cesión, la entidad local cedente no puede ejercitar el derecho de reversión. Dicho de otra manera, si los bienes cedidos son irreversibles y pertenecen a la Administración cedentaria una vez transcurridos 30 años desde su afectación a la finalidad prevista en la cesión. La Audiencia Nacional afirma en esta sentencia que «la cesión de unos terrenos que eran bienes patrimoniales del Ayuntamiento [...] a la Administración del Estado, con el fin de que fueran destinados a la construcción de una casa cuartel se han

y 31 de mayo de 2002 (JUR. 2003/49718)⁹¹, así como la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 3 de octubre de 2002 (RJCA. 2003/92)⁹².

La interpretación de las normas aplicables a este tipo de casos⁹³ que realizan los tribunales en las citadas sentencias, a mi juicio, no es del todo acertada. Y ello por las siguientes razones:

a) En primer lugar, uno de los argumentos utilizados por los tribunales defensores de esta línea jurisprudencial (una vez aceptada la naturaleza modal de la condición o carga impuesta en este tipo de casos, y, confirmada la aplicación supletoria del CC), es la dificultad de proceder a la integración del artículo 647 del CC que, según afirman textualmente las resoluciones judiciales «obliga a mantener el modo o la carga del destino decidido, sin sujeción a plazo alguno», con otra norma, de carácter reglamentario y de naturaleza administrativa (el art. 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986), que mediante el establecimiento de un plazo, «viene a desnaturalizar la institución modal alterando la voluntad del donante que constituye el elemento fundamental del mencionado tipo de donación».

A mi entender, este argumento parte de una premisa falsa porque el tenor literal del artículo 647 del CC no obliga a mantener indefinidamente o con carácter perpetuo el modo impuesto en una donación, sino que guarda silencio sobre la cuestión. Por tanto, la afirmación contenida en las distintas resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no es otra cosa que una mera interpretación del artículo 647 del CC, siendo admisible la interpretación contraria.

b) En segundo lugar, aunque el apartado primero del artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986

ajustado a los plazos de 5 y 30 años que establece el artículo 111 del Reglamento [de Bienes de las Corporaciones Locales de 1986]. Después de transcurridos los 30 años de afectación del bien al destino previsto en la cesión, los bienes no se convierten automáticamente, a juicio de esta Sala, en irreversibles, sino que se mantiene su afectación al destino previsto en la cesión». Asimismo afirma que «la naturaleza y el régimen jurídico de este tipo de cesiones se vincula tradicionalmente por la jurisprudencia, además de lo previsto en el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales [...], a la donaciones modales [...]. Pues bien, si esto es así la expiración del plazo de 30 años establecido en el artículo 111.2 del [citado] Reglamento [...], en defecto de pacto expreso, no comporta que expirado dicho plazo el donatario o Administración cesionaria pueda alterar o extinguir por su voluntad unilateral el destino al que se encuentra afectado el bien. No puede producirse, en consecuencia, la transformación de una donación modal en una donación pura y simple, pues el modo opera como elemento causal de dicha donación».

⁹¹ Ponente Ilmo. Sr. don Manuel García Fernández-Lomana.

⁹² Ponente Ilmo. Sr. don José Santos Gómez.

⁹³ Concretamente del vigente artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, así como del derogado artículo 97 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955.

dispone que «si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejases de serlo posteriormente se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la Corporación local» y que en el apartado segundo del citado precepto se establece que «si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes», los tribunales que defienden esta tesis consideran que el plazo de 30 años que se establece en dicha norma no incide sobre la vigencia y obligatoriedad de la carga o modo impuesto en la cesión o donación de los bienes. Pero, entonces, ¿a qué se refiere el plazo de los 30 años? ¿Qué consecuencias se derivan del transcurso del citado plazo de tiempo?

c) En tercer lugar, otro de los argumentos esgrimidos por los tribunales que defienden esta línea jurisprudencial, íntimamente relacionado con el anterior, es que la expresión «debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes», contenida en el apartado segundo del artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, no significa que transcurridos 30 años los bienes se conviertan en irreversibles, aunque posteriormente se modifique su destino. Las resoluciones judiciales citadas consideran que «no puede deducirse que tal expresión implique la liberación del cumplimiento de la carga impuesta por el donante, ya que el elemento modal es la razón esencial de la institución que nos ocupa; esto es, el mantenimiento del bien en el destino para el que fue cedido debe permanecer mientras se mantenga la cesión». Razón por la cual las mencionadas resoluciones judiciales afirman que el apartado tercero del artículo 111 del citado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 dispone que «los bienes cedidos revertirán, en su caso», mientras que el artículo 97 del derogado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 establecía que «los bienes revertirán automáticamente».

A mi juicio, este argumento es criticable porque lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 carece de relevancia a efectos de determinar el significado de la expresión «debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes» contenida en el apartado segundo de dicho precepto. Además, las mencionadas resoluciones judiciales siguen sin ofrecer una respuesta a las siguientes cuestiones: ¿a qué se refiere el plazo de los 30 años que se estable-

ce en el citado artículo 111? y ¿qué consecuencias se derivan del transcurso de dicho plazo de tiempo?

2.2 TESIS JURISPRUDENCIAL CONTRARIA AL CARÁCTER PERPETUO DE LAS CARGAS MODALES IMPUESTAS EN LA CESIÓN GRATUITA DE BIENES

Una segunda línea jurisprudencial considera que la normativa reguladora aplicable a este tipo de casos acoge el principio de prohibición de vínculos perpetuos, limitando a un máximo de treinta años la pervivencia de las condiciones y cargas modales establecidas en la cesión gratuita de bienes, cuando no se ha establecido otra cosa, de conformidad con lo dispuesto en el vigente artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales de 1986⁹⁴. Por tanto, conforme a esta tesis, el quebranto del modo por el cessionario o donatario (por ejemplo, la modificación del destino establecido en la cesión o en la donación para el bien cedido o donado), una vez que han transcurrido 30 años desde que se realizó la cesión gratuita o la donación, no conlleva la reversión de los bienes cedidos o donados; o dicho con otras palabras, no legitima al cedente o al donante a ejercitar la acción de reversión de los bienes. En este sentido se pronuncian, entre otras, las SSTS (Sala 3.^a) de 23 de noviembre de 1992 (RJ. 1992/9210)⁹⁵, 10 de junio de 1998 (RJ. 1998/4756)⁹⁶ y 24 de enero de 2006 (RJ. 2006/1149)⁹⁷, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia⁹⁸ del País Vasco (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 7 de abril de 1999 (RJCA).

⁹⁴ Aprobado por Real Decreto de 1372/1986, de 13 de junio («BOE» de 7 de julio).

⁹⁵ Ponente Excmo. Sr. don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.

Nuestro Alto Tribunal señala en la presente sentencia que, conforme a lo establecido en el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 (así como en el derogado artículo 97 Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955), una vez que el destino establecido para los bienes en la cesión gratuita se mantiene durante treinta años, «los bienes se convierten en irreversibles, pero podrá acordarse la reversión antes de transcurrir el plazo de los 30 años si los bienes cedidos dejasen de destinarse al destino previsto».

⁹⁶ Ponente Excmo. Sr. don Rodolfo Soto Vázquez.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo mantiene en esta sentencia que, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, transcurridos los períodos que señala el citado precepto, «el cumplimiento de las condiciones impuestas, o el mantenimiento de la afectación de destino de los bienes, deja de ser motivo legal para el ejercicio de la potestad reconocida en el artículo 111, ya que aparece totalmente superado el lapso temporal [...] durante el cual se atribuye al Ente Local el derecho y la misión de velar por el cumplimiento de las condiciones impuestas en la cesión efectuada».

⁹⁷ Ponente Excmo. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo.

Del análisis de los Fundamentos de Derecho de la citada sentencia, parece deducirse que la Sala Tercera del Tribunal Supremo mantiene *obiter dicta* que transcurridos 30 años cumpliéndose el destino señalado en la donación, no procede la reversión de los bienes, aunque posteriormente se cambie el destino de los mismos.

⁹⁸ En adelante, SSTSJ.

1999/2828)⁹⁹, 21 de diciembre de 2000 (JUR. 2001/255502)¹⁰⁰ y 31 de mayo de 2001 (RJCA. 2001/1300)¹⁰¹, así como la STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 31 de marzo de 2004 (JUR. 2004/260155)¹⁰².

A mi entender, la doctrina que se extrae de los Fundamentos de Derecho de las citadas sentencias es acertada, pues no sólo supone una interpretación razonable de las normas aplicables a este tipo de casos, sino que también es una doctrina que consigue una adecuada ponderación de los intereses en juego y es respetuosa con los principios que inspiran nuestro Ordenamiento jurídico y que se han expuesto anteriormente en este trabajo. Asimismo considero que la doctrina que se extrae de las mencionadas sentencias es perfectamente aplicable, por analogía, al supuesto que nos ocupa; esto es, a la donación modal.

V. CONCLUSIONES

Recapitulando todo lo expuesto, a continuación voy a formular algunas conclusiones que intentan dar respuesta a la cuestión que he planteado al comienzo de este trabajo:

A) Aunque el CC guarda silencio sobre la cuestión, los tribunales, tanto del orden jurisdiccional civil como del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, defienden mayoritariamente la tesis de que el modo impuesto en una donación tiene carácter per-

⁹⁹ Ponente Ilmo. Sr. don José Antonio Alberdi Larizgoitia.

En dicha sentencia se afirma que los artículos 13 y 111 del vigente Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 (así como los artículos 12 y 97 del derogado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955), que regulan no sólo las cesiones gratuitas de bienes con carga modal realizadas por particulares a favor de las Entidades Locales, sino también las cesiones gratuitas realizadas por éstas a otras entidades o instituciones públicas, «acogen el principio de prohibición de vínculos perpetuos limitando a un máximo de treinta años la pervivencia de las condiciones y cargas modales establecidas en la cesión de bienes».

¹⁰⁰ Ponente Ilma. Sra. Dña. Carmen Álvarez Theurer.

En esta sentencia se afirma *obiter dicta* que, conforme a lo dispuesto en el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986, una vez que el destino establecido para los bienes en la cesión gratuita se mantiene durante treinta años, los bienes se convierten en irreversibles.

¹⁰¹ Ponente Ilma. Sra. Dña. Begoña Orue Bascones.

La citada sentencia mantiene en sus Fundamentos de Derecho que tanto el derogado artículo 97 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 como el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 «acogen el principio de prohibición de vínculos perpetuos, limitando a un máximo de treinta años la pervivencia de las condiciones y cargas modales establecidas en la cesión de bienes».

¹⁰² Ponente Ilma. Sra. Dña. María Dolores Galindo Gil.

Dicha sentencia mantiene obiter dicta que el transcurso de los 30 años que señala el artículo 111 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1986 hace irreversibles los bienes, aunque posteriormente cambie el destino.

petuo y, por tanto, si el donatario deja en cualquier momento de cumplir el modo (la carga o la afección del bien al destino que estableció el donante), con independencia del tiempo que haya transcurrido desde su imposición, el donante estará legitimado para instar la revocación de la donación, conforme a lo establecido en el artículo 647 del CC.

B) No comparto la mencionada tesis jurisprudencial mayoritaria sobre esta materia. A mi juicio, en nuestro Ordenamiento jurídico el modo impuesto por un donante al realizar una donación no puede tener carácter perpetuo, sino que transcurrido un determinado plazo de tiempo debe entenderse que el modo se ha cumplido y consumado. Por tanto, transcurrido ese periodo de tiempo, aunque el donatario deje de cumplir el modo, el donante no podrá ejercitar la acción de revocación de la donación prevista en el artículo 647 del CC.

C) Los argumentos en que se funda mi tesis, conforme a la cual considero que en nuestro Derecho el modo impuesto en una donación necesariamente tiene que tener carácter temporal, son los siguientes: *a)* en nuestro Ordenamiento jurídico existe un espíritu contrario a la perpetuidad de las relaciones obligatorias y de los vínculos perpetuos; *b)* la existencia en el CC de normas que avalan esta solución (por ejemplo, el artículo 515 CC); y *c)* si bien es cierto que el CC no regula expresamente dicha cuestión, no es menos cierto que en otros ámbitos de nuestro Ordenamiento, concretamente en el Derecho administrativo, existen un conjunto de normas (aprobadas tanto por el Legislador estatal como por el Legislador autonómico) que sí prevén un plazo de vigencia del modo o de las cargas impuestas en las donaciones y en las cesiones gratuitas de bienes cuando una o ambas partes en dicho negocio es una Administración Pública, cuyo transcurso equivale a que el modo se ha cumplido y consumado; el estudio de estas normas nos aporta elementos para determinar cuál debe ser el plazo de vigencia del modo en el ámbito del Derecho civil.

D) Considero que el plazo de tiempo que debe transcurrir para entender que el modo impuesto por el donante en una donación se ha cumplido y consumado es de 30 años. Se trata, a mi juicio, de un plazo de tiempo razonable, que consigue una adecuada ponderación de los intereses en juego. Además este es el plazo de tiempo por el que optan la mayoría de las normas que regulan este tipo de casos en el ámbito del Derecho administrativo y que coincide con el plazo establecido en el artículo 515 del CC, referente a la duración máxima de un derecho de usufructo a favor de una persona jurídica.

E) Conforme a la tesis que defiendo en el presente trabajo, el quebranto del modo por el donatario (por ejemplo, la modificación del destino establecido en la donación para el bien donado), una vez que han transcurrido 30 años desde que se realizó la donación, no legitima al donante a ejercitar la acción de revocación de la donación que le reconoce el artículo 647 del CC.

VI. ANEXO LEGISLATIVO

A continuación se exponen las distintas normas, estatales y autonómicas, que regulan las donaciones y las cesiones gratuitas de bienes en el ámbito de las Administraciones Públicas. La finalidad de transcribir literalmente estas normas no es otra que proporcionar la mayor información posible sobre la materia, lo cual será sumamente útil no sólo para justificar el análisis crítico que se realiza de las resoluciones judiciales dictadas por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre este tema, sino también para comprender mejor el alcance de las afirmaciones y conclusiones que se contienen en este trabajo.

A) *Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*¹⁰³:

Artículo 21. *Adquisiciones a título gratuito*¹⁰⁴.

«[...]

4. Si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante 30 años hubieren servido a

¹⁰³ «BOE» de 4 de noviembre de 2003.

¹⁰⁴ En relación con el citado precepto, véase: CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «Adquisición de bienes y derechos», *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, (coordinadora Carmen Chinchilla Marín), Madrid, 2004, pp. 183 a 186. Señala la citada autora que «la regla consiste en establecer que, a pesar de que la disposición gratuita de los bienes se haya realizado bajo condición o modo de su afectación permanente a determinado destino, bastará con destinárslos al mismo durante 30 años para considerar cumplida y consumada la afectación. [...]. [E]l establecimiento de esta regla tiene sentido, ya que con ella se introduce un criterio de flexibilidad que puede permitir que, en supuestos en los que, por circunstancias sobrevenidas de interés público, ya no pueda mantenerse el destino establecido por el cedente, y siempre que se haya mantenido durante 30 años, la Administración pueda disponer del bien destinándolo al cumplimiento de otros fines de interés público o, en su caso, enajenándolo».

Pueden consultarse también los trabajos de ALONSO MÁS, María José, «Adquisición de bienes y derechos», *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, (director Juan Francisco Mestre Delgado), Madrid, 2004, pp. 307 a 313 y de RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Derecho administrativo patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, tomo I, Barcelona, 2005, pp. 235, 236 y 291 a 303.

tales destinos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público»¹⁰⁵.

Artículo 145. Concepto¹⁰⁶.

«1. Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General del Estado cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a Comunidades Autónomas, entidades locales, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utilidad pública.

2. Igualmente, estos bienes y derechos podrán ser cedidos a Estados extranjeros y organizaciones internacionales, cuando la cesión se efectúe en el marco de operaciones de mantenimiento de la paz, cooperación policial o ayuda humanitaria y para la realización de fines propios de estas actuaciones.

3. La cesión podrá tener por objeto la propiedad del bien o derecho o sólo su uso. En ambos casos, la cesión llevará aparejada para el cesionario la obligación de destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta transmi-

¹⁰⁵ El antecedente de esta norma se encuentra en el derogado artículo 24 del Texto Articulado de la Ley de Patrimonio del Estado (aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, en su redacción dada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre) que disponía lo siguiente: «si los bienes se hubieren adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieren servido al mismo y aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Por otra parte, CHINCHILLA MARÍN, Carmen, «Adquisición de bienes y derechos», *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, (coordinadora Carmen Chinchilla Marín), Madrid, 2004, p. 185, señala que en la Memoria del Anteproyecto de Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas «se pone de manifiesto que la finalidad de esta norma es evitar vinculaciones perpetuas de los bienes adquiridos a título gratuito».

Asimismo, en relación con la tramitación parlamentaria del citado precepto no puede dejar de mencionarse que tanto el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso y en el Senado como el Grupo Parlamentario *Entesa Catalana del Progrés* en el Senado presentaron enmiendas [enmienda núm. 53 (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 142-9, 25 de junio de 2003), enmienda 130 (BOCG, Senado, Serie II, núm. 144 (d), 10 de octubre de 2003) y enmienda 109 (BOCG, Senado, Serie II, núm. 144 (d), 10 de octubre de 2003), respectivamente] al apartado 4º del artículo 21 proponiendo que lo establecido en dicho precepto no fuera aplicable cuando el donante o el cedente sea otra Administración Pública. La motivación de dichas enmiendas es que «en las donaciones o cesiones gratuitas entre Administraciones Públicas el cumplimiento de la condición o la afectación a un destino no debe entenderse cumplida por el transcurso de treinta años; en estos casos cabrá siempre la reversión al titular originario. En estos negocios jurídicos el destino concreto de un bien y el interés en el cumplimiento exacto de ese destino específico es el que motiva la donación o cesión gratuita, por lo que en caso de que lo donado no cumpla dicho destino, ha de [revertir] al donante o cedente». Ninguna de las tres enmiendas fue aprobada.

¹⁰⁶ Véase, en relación con el citado precepto, los trabajos de: GONSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto, «La transmisión de los bienes y derechos patrimoniales», *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, (director Juan Francisco Mestre Delgado), Madrid, 2004, pp. 1126 a 1135; PONCE SOLÉ, Juli, «Cesión y permuta de bienes y derechos», *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, (coordinadora Carmen Chinchilla Marín), Madrid, 2004, pp. 681 a 711; y RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro, *Derecho administrativo patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, tomo II, Barcelona, 2005, pp. 895 a 903.

sión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el CC.

4. Cuando la cesión tenga por objeto la propiedad del bien o derecho sólo podrán ser cesionarios las Comunidades Autónomas, entidades locales o fundaciones públicas».

Artículo 148. *Vinculación al fin*¹⁰⁷.

«1. Los bienes y derechos objeto de la cesión sólo podrán destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo.

[...]

4. En el caso de los bienes muebles, el acuerdo de cesión determinará el régimen de control. No obstante, si los muebles cedidos hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple, salvo que otra cosa se hubiese establecido en el pertinente Acuerdo».

Artículo 150. *Resolución*¹⁰⁸.

«1. Si los bienes cedidos no fuesen destinados al fin o uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejaran de serlo posteriormente, se incumplieran las cargas o condiciones impuestas, o llegase el término fijado, se considerará resuelta la cesión, y revertirán los bienes a la Administración cedente. [...».

Disposición transitoria segunda. *Aplicabilidad del artículo 21.4 de esta Ley a donaciones efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley.*

«La previsión del artículo 21.4 de esta Ley surtirá efecto respecto de las disposiciones gratuitas de bienes o derechos a favor de las Administraciones públicas que se hubieran perfeccionado antes de la entrada en vigor de la misma, siempre que previamente no se hubiera ejercitado la correspondiente acción revocatoria».

*B) Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales*¹⁰⁹:

Artículo 13.

«Si los bienes se hubieren adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieren servido al mismo y aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

¹⁰⁷ Véase nota núm. 106.

¹⁰⁸ Véase nota núm. 106.

¹⁰⁹ «BOE» de 7 de julio de 1986.

Artículo 109.

«[...]

2. Los bienes inmuebles patrimoniales no podrán cederse gratuitamente sino a Entidades o Instituciones públicas para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, así como a las Instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro. De estas cesiones también se dará cuenta a la autoridad competente de la Comunidad Autónoma».

Artículo 111.

«1. Si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejases de serlo posteriormente se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la Corporación local, [...].

2. Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta años siguientes.

3. Los bienes cedidos revertirán, en su caso, al Patrimonio de la Entidad cedente con todas sus pertenencias y accesiones»¹¹⁰.

C) *Ley 11/1981, de 7 de diciembre, del Parlamento de Cataluña, de Patrimonio de la Generalitat de Cataluña*¹¹¹:

Artículo 21.

«El Gobierno a propuesta del Departamento de Economía y Finanzas, puede ceder gratuitamente el uso de los bienes patrimoniales inmuebles de la Generalidad cuya afectación o explotación no se juzgue previsible a favor de instituciones o corporaciones públicas o sin ánimo de lucro que deban emplearlos para fines de utilidad pública o de interés social.

2. Se consideran de utilidad pública las cesiones hechas a las entidades locales, a los organismos autónomos de la Generalidad, a la Administración del Estado y a sus entidades, a otras comunidades autónomas, a las confesiones religiosas para los locales de culto, a los organismos sindicales y patronales y a los Estados

¹¹⁰ La anterior regulación sobre esta materia contenida en el artículo 97 del derogado Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 1955 [aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955 («BOE» de 14 de julio de 1955)] era muy similar a la actual. Dicho precepto establecía que «1. Todas las cesiones de bienes patrimoniales quedarán sujetas a estas condiciones:

a) que los fines para los cuales se hubieren otorgado se cumplan en el plazo máximo de 5 años; y

b) que su destino se mantenga durante los treinta siguientes.

2. Transcurridos uno u otro plazo sin que se hubieren cumplido las citadas condiciones, los bienes revertirán automáticamente de pleno derecho al Patrimonio de la Entidad cedente con sus pertenencias y accesiones».

¹¹¹ «BOE» de 18 de enero de 1982.

extranjeros para actividades culturales de acuerdo con los tratados o convenios firmados por España.

3. El acuerdo de cesión debe prever siempre la finalidad concreta a que las entidades beneficiarias deben destinar los bienes.

4. Si los bienes cedidos no se destinan al uso previsto en el plazo fijado o dejan de ser destinados al mismo, la cesión se considerará resuelta y los bienes revertirán en la Generalidad, [...].».

D) Ley 3/1985, de 12 de abril, del Parlamento de Galicia, sobre normas reguladoras del Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Galicia¹¹²:

Artículo 23.

«[...]

4. Cuando los bienes o derechos se hubiesen adquirido bajo condición o carga de vinculación permanente a determinados destinos, se entenderán cumplidos y consumados si durante treinta años hubiesen estado afectos a los mismos y dejase de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 30.

«1. Los bienes patrimoniales inmuebles de la Comunidad Autónoma de los que no se estime previsible su afectación demanial o aprovechamiento por la propia administración podrán ser cedidos gratuitamente por el *Consejo de la Xunta*, a propuesta de la Conserjería de Economía y Hacienda, en favor de instituciones y corporaciones públicas o sin ánimo de lucro, que deberán destinarnos a fines de utilidad pública o de interés social.

2. El acuerdo de cesión, que se publicará en el “Diario Oficial de Galicia”, expresará la finalidad concreta a la que las entidades beneficiarias deben destinar los bienes, así como sus condiciones.

3. Si los bienes cedidos no se aplicasen al fin señalado dentro del plazo inicialmente fijado en el acuerdo o dejase de estarlo con posterioridad, se descuidasen o utilizasen con grave quebranto, o se incumpliesen las condiciones del acuerdo, se considerará resuelta la cesión y los bienes revertirán a la Comunidad Autónoma, [...].».

E) Ley 6/1985, de 13 de noviembre, del Parlamento de Castilla-La Mancha, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha¹¹³:

Artículo 59.

«El Consejo de Gobierno a propuesta de la Consejería de Economía y Hacienda, dando conocimiento a las Cortes Regionales,

¹¹² Boletín Oficial de Galicia de 24 de abril de 1985.

¹¹³ Boletín Oficial de Castilla-La Mancha de 3 de diciembre de 1985.

podrá ceder gratuitamente, para fines de utilidad pública o de interés social, los bienes patrimoniales cuya afectación o explotación no se juzgue previsible».

Artículo 62.

«Si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión y que en ningún caso será superior a cinco años, o dejases de serlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos a la Comunidad Autónoma, [...]».

F) Ley 4/1986, de 5 de mayo, del Parlamento de Andalucía, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Andalucía¹¹⁴:

Artículo 109.

«Ningún bien de dominio privado podrá cederse por plazo superior a cincuenta años».

G) Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, del Parlamento de Navarra, de Régimen de la Administración Local¹¹⁵:

Artículo 128.

«1. Las entidades locales podrán ceder gratuitamente el uso de los bienes patrimoniales en favor de otras administraciones o entidades públicas o de entidades privadas sin ánimo de lucro para fines de utilidad pública o interés social que redunden en beneficio de los vecinos.

2. El acuerdo de cesión deberá expresar la finalidad concreta del destino de los bienes y contener los condicionamientos, limitaciones y garantías que se estimen oportunos, cuyo incumplimiento dará lugar a la reversión del uso. Ésta se producirá asimismo cuando los bienes no se utilicen para el fin señalado dentro del plazo establecido en el acuerdo, dejases de serlo con posterioridad o se utilizasen con grave quebranto de los bienes.

3. El plazo máximo de cesión gratuita del uso de los inmuebles ser de veinte años».

Artículo 136.

«1. La cesión a título gratuito de la propiedad de bienes y derechos del patrimonio de las entidades locales se acordará por el Pleno del Ayuntamiento por mayoría absoluta del número legal de miembros de la corporación, y sólo podrá realizarse en favor de otras administraciones, instituciones públicas, o instituciones privadas de interés público sin ánimo de lucro, para fines de utilidad pública o interés social, siempre que complementen o contribuyan al cumplimiento de intereses de carácter local, y previa declaración de alienabilidad.

¹¹⁴ Boletín Oficial de Junta de Andalucía de 9 de mayo de 1986.

¹¹⁵ «BOE» de 11 de agosto de 1990.

2. El acuerdo de cesión podrá contener cuantos condicionamientos, limitaciones o garantías se estimen oportunos.

De no señalarse nada en el acuerdo, las cesiones de propiedad de bienes patrimoniales quedarán sujetas a las siguientes condiciones:

a) Que los fines para los que se hubiesen otorgado se cumplan en el plazo máximo de cinco años.

b) Que su destino se mantenga durante los treinta años siguientes.

3. Incumplidos los condicionamientos, limitaciones o garantías impuestas, la propiedad de los bienes revertirá de pleno derecho al patrimonio de la entidad local con sus pertenencias y accesiones.

4. Las cesiones gratuitas de la propiedad de bienes inmuebles deben formalizarse en escritura pública, con expresión de los condicionamientos, limitaciones o garantías, y han de inscribirse en el Registro de la Propiedad».

H) Ley 1/1991, de 21 de febrero, del Parlamento del Principado de Asturias, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Asturias¹¹⁶:

Artículo 53.

«Los bienes inmuebles del Principado de Asturias cuya afectación al uso general o al servicio público no se juzgue previsible podrán cederse gratuitamente por el Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero competente en materia de patrimonio, al Estado, sus organismos autónomos, Comunidades Autónomas y a las corporaciones locales, para el cumplimiento de sus fines. [...]».

Artículo 54.

«Si los bienes cedidos no fuesen destinados al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo o disposición que autorice la cesión, o dejaren de serlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán aquéllos al Principado de Asturias, [...].

Los bienes cedidos revertirán, en su caso, con todas sus pertenencias y accesiones».

Artículo 56.

«El Consejo de Gobierno, a propuesta del Consejero de Hacienda, Economía y Planificación, podrá ceder gratuitamente, para fines de utilidad pública o de interés social, el uso de los bienes inmuebles cuya afectación al uso general o al servicio público no se juzgue previsible».

Artículo 59.

¹¹⁶ «BOE» de 2 de abril de 1991.

«El acuerdo en el que se disponga la cesión de uso fijará el plazo de duración de la misma, que no podrá exceder de cincuenta años, quedando sometida la cesión a las mismas condiciones resolutorias y efectos previstos en los artículos 54 y 55».

*I) Ley 2/1992, de 9 de julio, de la Asamblea de Extremadura, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Extremadura*¹¹⁷:

Artículo 50.

«1. Los bienes inmuebles patrimoniales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán cederse gratuitamente mediante Orden del Consejero de Economía y Hacienda, a propuesta del órgano directivo que tenga asignadas las funciones patrimoniales, para fines de utilidad pública o interés social.

2. Se considerarán comprendidas en el párrafo anterior las cesiones que, para el cumplimiento de sus fines se hagan a otras administraciones públicas o institucionales, a organizaciones sindicales y patronales y a instituciones benéficas, culturales o sociales sin ánimo de lucro. Igualmente se considerarán incluidas a los efectos de la cesión en uso de tales bienes las empresas públicas regionales mientras ostenten tal condición.

3. Si los bienes cedidos no fueran destinados al uso previsto, dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión, o dejaran de serlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán aquellos a la Comunidad, [...].».

*J) Ley 3/1992, de 30 de julio, de la Asamblea Regional de Murcia, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Murcia*¹¹⁸:

Artículo 65.

«1. Los bienes inmuebles de dominio privado cuya explotación o afectación al uso o servicio público no se juzgue previsible, podrán ser cedidos gratuitamente por el Consejo de Gobierno a propuesta del consejero de Economía y Hacienda, para fines de utilidad pública o interés social. [...].».

Artículo 66.

«1. El acuerdo de cesión deberá contener, como mínimo, lo siguiente:

- a)* El fin o actividad a la que se habrá de destinar el bien cedido.
- b)* El plazo dentro del cual debe destinarse el bien al fin o actividad previsto.
- c)* La prohibición de todo acto de disposición o gravamen, salvo que fuere autorizado por el Consejo de Gobierno.

¹¹⁷ Boletín Oficial de Extremadura de 28 de julio de 1992.

¹¹⁸ Boletín Oficial de la Región de Murcia de 14 de agosto de 1992.

d) Cuando se trate de la cesión del uso de un bien, el plazo de cesión».

Artículo 67.

«1. Se considerará resuelta la cesión y producida automáticamente la reversión de los bienes cedidos en los siguientes supuestos:

a) Cuando no fueren utilizados para el fin o destino previstos en el acuerdo de cesión, dentro del plazo establecido, o dejen de estarlo con posterioridad una vez iniciado el uso.

b) Cuando venza el término señalado a la cesión del uso o el de la prórroga, en su caso».

K) *Ley 5/1997, de 22 de julio, del Parlamento de Galicia, de Administración Local de Galicia*¹¹⁹:

Artículo 274.

«Si los bienes se adquieren bajo la condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá ésta cumplida y consumada cuando durante treinta años sirviese al mismo y aunque después dejase de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

L) *Ley 7/1999, de 29 de septiembre, del Parlamento de Andalucía, de Bienes de las Entidades Locales de Andalucía*¹²⁰:

Artículo 13. Adquisición condicional y modal.

«1. Si las Entidades Locales hubieran adquirido los bienes bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderán cumplidas y consumadas cuando durante treinta años hubiesen servido a los mismos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público, de acuerdo con la normativa estatal.

2. Se entenderá que las condiciones y las modalidades también están cumplidas si los bienes se destinan con posterioridad a finalidades análogas a las fijadas en el acto de adquisición».

Artículo 26. Cesión gratuita de bienes.

«Las Entidades Locales podrán ceder de forma total o parcialmente gratuita sus bienes patrimoniales:

a) A otras Administraciones o Entidades públicas.

b) A Entidades privadas declaradas de interés público siempre que los destinen a fines de utilidad pública o interés social, que cumplan o contribuyan al cumplimiento de los propios de la Entidad Local».

¹¹⁹ «BOE» de 3 de octubre de 1997.

¹²⁰ «BOE» de 5 de noviembre de 1999.

Artículo 27. Destino de los bienes cedidos.

«1. Si los bienes inmuebles cedidos no se destinan al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejan de estarlo posteriormente, se considerará resuelta la cesión y revertirán a la Entidad Local con todas las mejoras realizadas, [...].

2. Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que los fines para los cuales se hubieran otorgado deberán cumplirse en el plazo máximo de cinco años, debiendo mantenerse su destino durante los treinta siguientes.

3. En el acuerdo de cesión gratuita deberá constar expresamente la reversión automática a la que se refiere el apartado primero. Comprobado que no se destina el bien al uso previsto, será suficiente acta notarial que constate el hecho. El acta deberá notificarse al interesado con requerimiento de entrega del bien.

4. La cesión se formalizará en escritura pública o documento administrativo, la cual se inscribirá en el Registro de la Propiedad, de acuerdo con la normativa que resulte aplicable».

Artículo 67. Disponibilidad de edificios cedidos.

«Las Entidades Locales pueden recuperar la plena disponibilidad de los edificios cuyo uso tengan cedido a otras Administraciones Públicas y demás entidades de Derecho público de ella dependientes, cuando éstos dejen de cumplir la función que motivó la entrega».

*M) Ley 3/2001, de 21 de junio, de la Asamblea de Madrid, sobre normas reguladoras del Patrimonio de la Comunidad de Madrid*¹²¹:

Artículo 55. Cesiones gratuitas de propiedad de bienes inmuebles.

«1. La propiedad de los bienes inmuebles de dominio privado de la Comunidad de Madrid, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedida gratuitamente a otras Administraciones Públicas, para fines de utilidad pública o interés social, mediante Acuerdo del Gobierno, a propuesta del Consejero de Presidencia y Hacienda.

2. En el acuerdo de cesión, que se publicará en el “Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid”, se expresará la finalidad a la que se destinarán los bienes cedidos, así como sus condiciones.

3. Si los bienes cedidos no fueren aplicados al fin previsto dentro del plazo establecido en el acuerdo de cesión, o dejan de ser destinados al mismo con posterioridad, la cesión se considerará resuelta, revirtiendo los bienes a la Comunidad de Madrid, [...].

4. Las cesiones gratuitas de propiedad se formalizarán en escritura pública y se inscribirán en el Registro de la Propiedad».

¹²¹ «BOE» de 27 de julio de 2001.

Artículo 56. *Cesiones gratuitas de uso de bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios.*

«1. El uso de los bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios patrimoniales de la Comunidad de Madrid, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedido gratuitamente por el Consejero de Presidencia y Hacienda, por un plazo máximo de treinta años, para fines de utilidad pública o interés social.

2. Las cesiones de uso a favor de otras Administraciones Públicas y de corporaciones, asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro se considerarán de utilidad pública o interés social.

3. Son de aplicación a estas cesiones de uso las prescripciones contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior.

4. Los derechos y obligaciones de los cedentes de uso se regirán, salvo que se establezca otra cosa, por las disposiciones del CC relativas al uso y supletoriamente al usufructo».

Artículo 57. *Cesiones gratuitas de derechos de superficie y otros derechos reales sobre bienes inmuebles.*

«1. La Comunidad de Madrid, mediante Acuerdo del Gobierno, a propuesta del Consejero de Presidencia y Hacienda, podrá constituir y ceder a título gratuito derechos de superficie y otros derechos reales sobre inmuebles patrimoniales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, a favor de otras Administraciones Públicas y de corporaciones, asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro, para fines de utilidad pública o interés social.

2. Estas cesiones se regirán por lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 55 de la presente Ley».

Artículo 59. *Cesiones gratuitas de bienes muebles y derechos incorporales.*

«1. La propiedad o el uso de los bienes muebles y derechos incorporales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán ser cedidos gratuitamente por la Consejería, el Consejo de Administración del Organismo, Entidad de Derecho público o Ente Público, en su caso, que los hayan adquirido, a otras Administraciones Públicas y a corporaciones, asociaciones y fundaciones sin ánimo de lucro que realicen su actividad en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, para fines de utilidad pública o interés social.

2. Es de aplicación a estas cesiones lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 55».

*N) Ley 6/2001, de 11 de abril, del Parlamento de las Islas Baleares, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*¹²²:

Artículo 23. *Cesión de dominio público.*

¹²² Boletín Oficial de las Islas Baleares de 24 de abril de 2001.

«1. La comunidad autónoma de las Illes Balears puede ceder, a título oneroso o gratuito, el uso de bienes y derechos del dominio público a otras entidades públicas para un uso o un servicio públicos. El acuerdo de cesión debe expresar la finalidad y la duración temporal, sin que pueda exceder de 20 años.

2. El incumplimiento de los términos del acuerdo de cesión produce la revocación de la cesión».

Artículo 61. Cesión gratuita de bienes.

«1. Los bienes patrimoniales de la comunidad autónoma, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, pueden cederse gratuitamente para finalidades de utilidad pública o de interés social a favor de administraciones y de instituciones públicas, o de entidades privadas sin ánimo de lucro.

2. El acuerdo de cesión debe publicarse en el “Boletín Oficial de les Illes Balears” y debe expresar la finalidad concreta a que deben destinarse los bienes objeto de la cesión».

Artículo 62. Reversión.

«1. Si los bienes cedidos no se destinan al uso previsto en el acto que autorice la cesión, o dejan de estarlo posteriormente, se considerará revocada la cesión y aquéllos revertirán en la comunidad autónoma, [...].

2. Los bienes cedidos deben revertir, en su caso, con todas sus pertenencias y accesiones».

Artículo 63. Cesión gratuita de uso.

«Los bienes inmuebles del patrimonio de la comunidad autónoma, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, pueden cederse gratuita y temporalmente en su uso, para finalidades de utilidad pública o de interés social, a favor de instituciones con personalidad jurídica pública o entidades sin ánimo de lucro».

Artículo 64. Duración.

«1. La cesión gratuita de uso no puede exceder de 20 años.

2. La Administración de la comunidad autónoma debe velar por la efectividad de la aplicación de los bienes cedidos a las finalidades expresadas en el acuerdo, y la cesión debe quedar sometida a las mismas condiciones resolutorias que establece el artículo 62 de esta Ley».

Ñ) *Ley 14/2003, de 10 de abril, de las Cortes Valencianas, de Patrimonio de la Generalitat Valenciana*¹²³:

Artículo 44. Cesiones administrativas.

«1. La Generalitat adquirirá la propiedad de los bienes y derechos patrimoniales o demaniales que le cedan otras adminis-

¹²³ Boletín Oficial de la Generalitat Valenciana de 11 de abril de 2003.

traciones públicas para destinarlos a un uso público o a la prestación de servicios públicos competencia de la Generalitat.

2. Para su validez la cesión administrativa de bienes inmuebles y derechos reales deberá aceptarse por la Generalitat. La competencia para la aceptación corresponde al titular de la conserjería competente en materia de patrimonio a propuesta del departamento interesado, y el acuerdo será notificado a la administración cedente y publicado en el “*Diari Oficial de la Generalitat Valenciana*”. Si no se establece otra cosa, los plazos que en su caso se establecen para el cumplimiento de las condiciones se computarán desde la fecha de la publicación de la aceptación».

Artículo 90. Cesiones gratuitas de propiedad de bienes inmuebles patrimoniales.

«1. Mediante acuerdo del Gobierno Valenciano y a propuesta de la conserjería competente en materia de patrimonio, podrá ser cedida gratuitamente la propiedad de bienes inmuebles patrimoniales de la Generalitat, cuya afectación o cesión no se juzgue previsible, a otras administraciones públicas para fines de utilidad pública o interés social, a fundaciones públicas de la Generalitat, en concepto de dotación fundacional, y a empresas públicas de la Generalitat, para ser destinados a dotaciones públicas o actuaciones urbanizadoras previstas por el planeamiento, que fomenten la industrialización, la vivienda social u otros fines públicos de su competencia y con cumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 99 de la Ley 6/1994, de la Generalitat, Reguladora de la Actividad Urbanística.

[...]

3. En el acuerdo de cesión, se expresará el fin a que haya de destinarse los bienes cedidos y sus condiciones.

Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa se entenderá que la implantación del uso o servicio deberá realizarse en el plazo de tres años y el destino deberá mantenerse durante todo el tiempo de cesión y que el cómputo de los plazos se iniciará desde la aceptación del cessionario, que deberá efectuarse en el plazo que al efecto se establezca.

4. Si los bienes cedidos no se destinan al uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo, o dejaren de estarlo posteriormente, se entenderá resuelta la cesión y revertirán a la Generalitat con todas las mejoras realizadas. [...]

5. En el acuerdo de cesión gratuita deberá constar expresamente la reversión automática a la que se refiere el apartado anterior. Comprobado que no se destina el bien al uso previsto, será suficiente acta notarial que constate el hecho, que se notificará al interesado con requerimiento de entrega del bien».

Artículo 91. Cesiones gratuitas de uso de bienes inmuebles.

«1. El uso de los bienes inmuebles patrimoniales de la Generalitat, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedido gratuitamente por el Gobierno Valenciano a favor de otras administraciones públicas, entidades de derecho público, o

entidades sin ánimo de lucro, por un plazo máximo de treinta años, para fines de utilidad pública o interés social, que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Valenciana.

2. Son de aplicación a esas cesiones de uso las prescripciones contenidas en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo anterior.

3. Los derechos y obligaciones de los cesionarios de uso se regirán, salvo que se establezca otra cosa, por las disposiciones del CC relativas al uso y, supletoriamente, al usufructo. El cesionario asumirá los gastos derivados de la utilización y mantenimiento del inmueble, así como el pago del Impuesto de Bienes Inmuebles».

Artículo 92. Cesiones gratuitas de derecho de superficie y otros derechos reales sobre bienes inmuebles.

«La Generalitat, mediante acuerdo del Gobierno Valenciano, a propuesta del titular de la conserjería competente en materia de patrimonio, podrá constituir y ceder gratuitamente derechos de superficie y otros derechos reales sobre inmuebles patrimoniales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, a favor de otras administraciones públicas, sociedades mercantiles de capital enteramente público, y entidades sin ánimo de lucro, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Valenciana.

A estas cesiones les será de aplicación lo establecido en los apartados 2, 3, 4, 5, y 6 del artículo 90 de esta Ley».

Artículo 93. Cesiones gratuitas de bienes muebles y derechos incorporales.

«1. La propiedad o el uso de los bienes muebles y derechos incorporales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán ser cedidos gratuitamente por el departamento u organismo público que los tengan adscritos, a otras administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro para fines de utilidad pública e interés social.

2. Será de aplicación a estas cesiones lo dispuesto en los apartados 2, 3, 4 y 5 del artículo 90».

O) Ley 11/2005, de 19 de octubre, del Parlamento de La Rioja, de Patrimonio de la Comunidad Autónoma de La Rioja¹²⁴:

Artículo 50. Herencias, legados y donaciones.

«[...]

5. Si los bienes se hubieren adquirido con la condición o modo de destinarlos a determinada finalidad, se entenderá cumplida y consumada aquélla cuando durante treinta años hubieran servido a la misma, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias de interés público debidamente justificadas».

Artículo 112. Cesiones gratuitas de propiedad de bienes inmuebles.

¹²⁴ Boletín Oficial de La Rioja de 25 de octubre de 2005.

«1. La propiedad de los bienes inmuebles de dominio privado de la Comunidad Autónoma de La Rioja, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedida gratuitamente a otras Administraciones Públicas, para fines de utilidad pública o interés social, o a entes instrumentales del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja para el cumplimiento de los fines de utilidad pública o interés social que les sean propios, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería competente en materia de Hacienda.

2. En el acuerdo de cesión se expresará la finalidad a la que se destinarán los bienes cedidos, así como sus condiciones, y la cláusula de resolución automática a la que se refiere el párrafo siguiente. [...]

3. Si los bienes cedidos no fueren destinados al fin previsto dentro del plazo establecido en el acuerdo de cesión, o dejasen de ser destinados al mismo con posterioridad, la cesión se considerará resuelta, revirtiendo los bienes a la Comunidad Autónoma de La Rioja con todas las mejoras realizadas.

[...]

5. Comprobado que no se destina el bien al uso previsto, será suficiente para recuperarlo acta notarial que constate el hecho, que se notificará al interesado con requerimiento de entrega del bien.

[...]

7. Las cesiones gratuitas de propiedad se formalizarán en escritura pública, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 113.2 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, y se inscribirán en el Registro de la Propiedad. Hasta tanto no se proceda a la práctica del correspondiente asiento a favor del cesionario no surtirá efecto la cesión. En la inscripción se hará constar el fin al que deben dedicarse los bienes y cualesquiera otras condiciones y cargas que lleve aparejada la cesión, así como la advertencia de que el incumplimiento de las mismas dará lugar a su resolución. Los cesionarios deberán comunicar a la Consejería competente en materia de Hacienda el acuerdo de inscripción».

Artículo 113. *Cesiones gratuitas de uso de bienes inmuebles y derechos reales.*

«1. El uso de los bienes inmuebles y derechos reales patrimoniales de la Comunidad Autónoma de La Rioja, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedido gratuitamente por la Consejería competente en materia de Hacienda, por un plazo máximo de treinta años, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

También podrán efectuarse las cesiones reguladas en este artículo a los centros Riojanos y Federaciones de Centros Riojanos regulados en la Ley 6/2005, de 15 de junio, de la Comunidad Riojana en el Exterior.

2. Las cesiones de uso a favor de otras Administraciones Públicas y de corporaciones, fundaciones, asociaciones sin ánimo de lucro, y entes instrumentales que pertenezcan al sector público de

la Comunidad Autónoma de La Rioja se considerarán de utilidad pública o interés social.

[...]

4. Comprobado que no se destina el bien al uso previsto, será suficiente para recuperarlo acta notarial que constate el hecho, que se notificará al interesado con requerimiento de entrega del bien.

5. Los derechos y obligaciones de los cesionarios de uso se regirán por las condiciones previstas en el acuerdo de cesión, por las disposiciones del CC relativas al uso y supletoriamente al usufructo».

Artículo 114. Cesiones gratuitas de derechos de superficie y otros derechos reales sobre bienes inmuebles.

«1. La Comunidad Autónoma de La Rioja, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno, a propuesta de la Consejería competente en materia de Hacienda, podrá constituir y ceder a título gratuito derechos de superficie y otros derechos reales sobre inmuebles patrimoniales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, a favor de otras Administraciones Públicas, de entes instrumentales integrantes del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja y de corporaciones, fundaciones, asociaciones sin ánimo de lucro declaradas de utilidad pública, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

También podrán efectuarse las cesiones reguladas en este artículo a los centros Riojanos y Federaciones de Centros Riojanos regulados en la Ley 6/2005, de 15 de junio, de la Comunidad Riojana en el Exterior.

2. Estas cesiones se regirán por lo establecido en los apartados 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 112 de la presente Ley».

Artículo 116. Cesiones gratuitas de bienes muebles.

«1. La propiedad o el uso de los bienes muebles patrimoniales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán ser cedidos gratuitamente por la Consejería competente en materia de Hacienda, a otras Administraciones Públicas, a entes instrumentales que pertenezcan al sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja y a corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro que realicen su actividad en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

2. También podrán efectuarse las cesiones gratuitas reguladas en este artículo a los Centros Riojanos y Federaciones de Centros Riojanos regulados en la Ley 6/2005, de 15 de junio, de la Comunidad Riojana en el Exterior.

3. Es de aplicación a estas cesiones lo dispuesto en los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 112 y en el artículo 113 de esta Ley.

4. Una vez que los bienes muebles hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años, se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y sim-

ple, salvo que otra cosa se hubiese establecido en la resolución de cesión».

Artículo 117. *Cesiones gratuitas de derechos incorporales.*

«1. La propiedad o el uso de los derechos incorporales, cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrán ser cedidos gratuitamente por la Consejería competente en materia de Hacienda, a otras Administraciones Públicas, a entes instrumentales que pertenezcan al sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja y a corporaciones, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro que realicen su actividad en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de La Rioja, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad Autónoma de La Rioja.

2. Es de aplicación a estas cesiones lo dispuesto en los apartados 2, 3, 4, 5 y 6 del artículo 112 y en el artículo 113 de esta Ley».

Disposición transitoria tercera. *Aplicabilidad del apartado 5 del artículo 50 a las adquisiciones a título gratuito producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley.*

«La previsión del apartado 5 del artículo 50 será de aplicación a todas las adquisiciones gratuitas producidas con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, siempre que previamente no se hubiese ejecutado la correspondiente acción revocatoria».

*P) Ley 3/2006, de 18 de abril, del Parlamento de Cantabria, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Cantabria*¹²⁵:

Artículo 47. *Adquisiciones mediante herencia, legado o donación.*

«[...]

4. Si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieren servido a tales destinos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 70. *Concepto.*

«1. Los bienes y derechos patrimoniales de la Administración General de la Comunidad Autónoma de Cantabria cuya afectación o explotación no se juzgue previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, al Estado, a otras Comunidades Autónomas, a entidades locales, a entidades del sector público regional o a asociaciones declaradas de utilidad pública.

2. Igualmente, estos bienes y derechos podrán ser cedidos a Estados extranjeros y organizaciones internacionales, cuando la

¹²⁵ Boletín Oficial de Cantabria de 27 de abril de 2006.

cesión se efectúe en el marco de tratados internacionales o convenios firmados por España.

3. La cesión podrá tener por objeto la propiedad del bien o derecho o sólo su uso. En ambos casos, la cesión llevará aparejada para el cessionario la obligación de destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta transmisión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el CC.

4. Cuando la cesión tenga por objeto la propiedad del bien o derecho sólo podrán ser cessionarios el Estado, otras Comunidades Autónomas, las entidades locales o entidades del sector público regional.

5. Si la cesión tuviera por objeto sólo el uso del bien, el cessionario quedará obligado, durante el plazo de duración de la misma, a su conservación y mantenimiento, y asumirá por subrogación el pago de las obligaciones tributarias que le afecten.

6. Las cesiones de uso de bienes y derechos tendrán una duración de diez años prorrogables, previa petición del cessionario con anterioridad al vencimiento de cada plazo, salvo que en el acuerdo de la cesión se establezca otro plazo inferior».

Artículo 73. *Vinculación al fin.*

«1. Los bienes y derechos objeto de la cesión sólo podrán destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo.

[...]

4. En el caso de los bienes muebles, el acuerdo de cesión determinará el régimen de control. No obstante, si los muebles cedidos hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple, salvo que otra cosa se hubiese establecido en el pertinente acuerdo».

Artículo 75. *Resolución.*

«1. Si los bienes cedidos no fuesen destinados al fin o uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejaran de serlo posteriormente, se incumplieran las cargas o condiciones impuestas, o llegase el término fijado, se considerará resuelta la cesión, y revertirán los bienes a la Administración cedente. [...».

Disposición transitoria segunda. Aplicabilidad del artículo 47.4 de esta Ley a donaciones efectuadas con anterioridad a su entrada en vigor.

«La previsión del apartado 4 del artículo 47 de esta Ley surtirá efecto respecto de las disposiciones gratuitas de bienes o derechos a favor de la Comunidad Autónoma que se hubieran perfeccionado antes de la entrada en vigor de la misma, siempre que previamente no se hubiera ejercitado la correspondiente acción revocatoria».

*Q) Ley 5/2006, de 17 de noviembre, del Parlamento Vasco, de Patrimonio del País Vasco*¹²⁶:

Artículo 39. Condiciones en las adquisiciones a título gratuito.

«1. Las adquisiciones a título gratuito de bienes o derechos que lleven aparejados gastos o estén sometidos a alguna condición o modo onerosos sólo podrán aceptarse si el valor del gravamen impuesto no excede del valor de lo que se adquiere. Si el gravamen excediese el valor del bien, la disposición sólo podrá aceptarse si concurren razones de interés público apreciadas por el órgano competente para aceptar la disposición gratuita.

2. Si los bienes o derechos se hubieran adquirido bajo condición o modalidad de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieran servido a los mismos, aunque luego dejaran de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 100. Vinculación al fin de los actos de disposición gratuita.

«1. Los bienes y derechos objeto de actos de disposición gratuita habrán de destinarse a los fines que lo justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo. La fijación de un fin concreto es potestativa en el supuesto previsto en la letra c) del artículo anterior.

2. Tratándose de bienes muebles, salvo que se hubiese establecido otra cosa en el correspondiente acto de disposición, se entenderá cumplido el modo, y la transmisión pasará a tener el carácter de pura y simple, si los bienes hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cinco años».

Artículo 103. Plazo y contenido del acto de disposición gratuita.

«1. El acto de disposición contemplará la identificación concreta del bien o derecho y, cuando corresponda conforme a lo establecido en el artículo 100, el fin concreto a que se destinará el bien o derecho. Contemplará, así mismo, expresamente o por remisión, las condiciones, limitaciones y garantías que procedan y, en su caso, las causas y supuestos de reversión, así como el valor del bien o derecho o el procedimiento para su cálculo, a efectos de la aplicación del régimen sancionador y de la determinación de la indemnización por incumplimiento del deber de reversión, o por efectuarse ésta en condiciones de conservación inferiores a las previstas en el artículo siguiente.

2. Cuando se trate de actos de disposición no traslativos de la propiedad del bien o titularidad del derecho, contemplará un plazo de duración que no podrá ser superior a diez años, si bien podrá preverse su prórroga por períodos no superiores al inicial y sin que

¹²⁶ Boletín Oficial del País Vasco de 11 de diciembre de 2006.

la duración total, incluidas las prórrogas, pueda exceder de treinta años».

Artículo 104. Reversión del bien o derecho.

«1. Los bienes y derechos a que se refiere este capítulo revertirán a la Administración en los supuestos contemplados en los correspondientes acuerdos de disposición. Dichos acuerdos recogerán, además, cuando corresponda, los casos de reintegro de subvenciones y ayudas públicas previstos en la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda General del País Vasco, Texto Refundido aprobado por Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre, y los de reversión por no destinarse al uso previsto dentro del plazo que se señale, por dejar de ser destinado al citado uso con posterioridad o cuando venza el término señalado en el acuerdo de disposición».

*R) Ley 6/2006, de 17 de julio, del Parlamento de Canarias, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Canarias*¹²⁷:

Artículo 20. Adquisiciones a título gratuito.

«[...]

4. Si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, se entenderá cumplida y consumada cuando durante 30 años hubieren servido a tales destinos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 21. Normas especiales para las adquisiciones hereditarias.

«[...]

2. Las disposiciones de bienes o derechos por causa de muerte se entenderán hechas a favor de la Administración de la Comunidad Autónoma en los casos en que el disponente señale como beneficiario a alguno de sus órganos, organismos autónomos, entidades públicas empresariales, o a la propia Comunidad Autónoma. En estos supuestos, se respetará la voluntad del disponente, destinando los bienes o derechos a servicios propios de los órganos o instituciones designados como beneficiarios, siempre que esto fuera posible y sin perjuicio de las condiciones o cargas modales a que pudiese estar supeditada la disposición, a las que se aplicarán las previsiones del apartado 4 del artículo anterior».

Artículo 54. Cesión de uso de bienes y derechos.

«1. El uso de los bienes y derechos patrimoniales de la Comunidad Autónoma cuya afectación o explotación no se juzgue previsible, podrá ser cedido gratuitamente a otras Administraciones públicas españolas, o entidades públicas dependientes de las mismas, fundaciones públicas o asociaciones declaradas de utili-

¹²⁷ Boletín Oficial de Canarias de 21 de julio de 2006.

dad pública, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia.

Igualmente, el uso de dichos bienes y derechos podrá ser cedido a Estados extranjeros y organizaciones internacionales, para el desarrollo de actividades culturales o de ayuda humanitaria.

2. La cesión llevará aparejada para el cesionario la obligación de destinar los bienes al fin expresado en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta transmisión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el CC».

Artículo 56. Vinculación al fin.

«1. Los bienes y derechos objeto de cesión de uso sólo podrán destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo.

[...]

4. En el caso de bienes muebles, el acuerdo de cesión determinará el régimen de control. No obstante, si los muebles cedidos hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años, se entenderá cumplido el modo, y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple, salvo que otra cosa se hubiese establecido en el pertinente acuerdo».

Artículo 58. Resolución de la cesión.

«1. Si los bienes cedidos no fuesen destinados al fin o uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejaran de serlo posteriormente, se incumplieran las cargas o condiciones impuestas, o llegase el término fijado, se considerará resuelta la cesión, y revertirán los bienes a la Administración cedente. En este supuesto, será de cuenta del cesionario el detimento o deterioro sufrido por los bienes cedidos, sin que sean indemnizables los gastos en que haya incurrido para cumplir las cargas o condiciones impuestas».

Disposición Transitoria Tercera. *Aplicabilidad del artículo 20.4 de esta Ley a donaciones efectuadas con anterioridad a la entrada en vigor de la misma.*

«La previsión del artículo 20.4 de esta Ley surtirá efecto respecto de las disposiciones gratuitas de bienes o derechos a favor de las Administraciones Públicas que se hubieran perfeccionado antes de la entrada en vigor de la misma, siempre que previamente no se hubiera ejercitado la correspondiente acción revocatoria».

S) *Ley 11/2006, de 26 de octubre, de las Cortes de Castilla y León, sobre Patrimonio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León*¹²⁸:

Artículo 94. Adquisiciones a título gratuito.

«[...]

¹²⁸ Boletín Oficial de Castilla y León de 30 de octubre de 2006.

4. Si los bienes se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos, ésta se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieren servido a tales destinos, aunque luego dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 96. Normas especiales para las adquisiciones hereditarias.

«[...]

2. Las disposiciones por causa de muerte de bienes o derechos se entenderán deferidas a favor de la Administración General de la Comunidad, en los casos en que el disponente señale como beneficiario a alguno de sus órganos o a la propia Comunidad. En estos supuestos, se respetará la voluntad del disponente, destinando los bienes o derechos a servicios propios de los órganos designados como beneficiarios, siempre que esto fuera posible y sin perjuicio de las condiciones o cargas modales a que pudiese estar supeditada la disposición, a las que se aplicarán las previsiones del apartado 4 del artículo 94».

Artículo 137. Cesiones gratuitas de propiedad de bienes inmuebles de la Administración General.

«Los bienes inmuebles patrimoniales de la Administración General de la Comunidad cuya afectación o explotación no se juzgue necesaria o previsible podrán ser cedidos gratuitamente, para la realización de fines de utilidad pública o interés social de su competencia, a otras Administraciones y a fundaciones públicas».

Artículo 138. Cesiones gratuitas del uso de bienes inmuebles de la Administración General.

«1. El uso de los bienes inmuebles patrimoniales de la Administración General cuya afectación o explotación no se juzgue necesaria o previsible podrá cederse gratuitamente a entidades públicas o privadas por un plazo máximo de veinte años, para fines de utilidad pública o interés social que redunden en beneficio de los habitantes de la Comunidad de Castilla y León.

2. Los derechos y obligaciones de los cessionarios del uso se regirán, salvo que se establezca otra cosa, por las disposiciones del CC relativas al uso y, supletoriamente, al usufructo. El cessionario asumirá los gastos derivados de la utilización y el mantenimiento del inmueble, así como el pago del impuesto de bienes inmuebles».

Artículo 139. Cesiones gratuitas de derecho de superficie y otros derechos reales.

«1. La Administración General de la Comunidad de Castilla y León podrá constituir y ceder gratuitamente derechos de superficie y otros derechos reales sobre inmuebles patrimoniales cuya afectación o explotación no se juzgue necesaria o previsible, a favor de otras Administraciones públicas, sociedades mercantiles

de capital enteramente público y entidades sin ánimo de lucro, para fines de utilidad pública o interés social que redunden directamente en beneficio de los habitantes de la Comunidad de Castilla y León.

2. A estas cesiones les será de aplicación lo establecido en esta Ley sobre la cesión de la propiedad de bienes inmuebles».

Artículo 140. Cesiones gratuitas de bienes muebles y derechos incorporales.

«La propiedad o el uso de los bienes muebles y derechos incorporales cuya afectación o explotación no se juzgue necesaria o previsible podrán cederse gratuitamente a otras Administraciones públicas y entidades sin ánimo de lucro, para fines de utilidad pública e interés social».

Artículo 142. Vinculación de la cesión al fin.

«1. Los bienes y derechos objeto de la cesión sólo podrán destinarse a los fines que la justifican, y en la forma y con las condiciones que, en su caso, se hubiesen establecido en el correspondiente acuerdo. Adicionalmente, esta cesión podrá sujetarse a condición, término o modo, que se regirán por lo dispuesto en el CC.

Si en el acuerdo de cesión no se estipula otra cosa, se entenderá que la implantación del uso o servicio que corresponda a los fines de la cesión deberá realizarse en el plazo de tres años y el destino deberá mantenerse durante todo el tiempo de la cesión. El cómputo de los plazos se iniciará desde la aceptación del cedentario, que deberá efectuarse en el plazo que al efecto se establezca.

[...]

4. En el caso de los bienes muebles, el acuerdo de cesión determinará el régimen de control. No obstante, si los muebles cedidos hubiesen sido destinados al fin previsto durante un plazo de cuatro años, se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple, salvo que se hubiese establecido otra cosa en el pertinente acuerdo».

Artículo 144. Resolución de la cesión.

«1. Si los bienes cedidos no fuesen destinados al fin o uso previsto dentro del plazo señalado en el acuerdo de cesión o dejaran de serlo posteriormente, se incumplieran las cargas o condiciones impuestas, o llegase el término fijado, se considerará resuelta la cesión, y los bienes revertirán a la Administración cedente. [...].».

Artículo 146. Cesión de bienes de las entidades institucionales.

«1. Con independencia de las cesiones previstas en el artículo 129 de esta Ley, las entidades institucionales sólo podrán ceder gratuitamente la propiedad o el uso de bienes o derechos de su titularidad cuando tuviesen atribuidas facultades para su enajenación y no se hubiese estimado procedente su incorporación al patrimonio de la Administración General de la Comunidad. Sólo podrán ser

cesionarios las Administraciones públicas y las fundaciones públicas».

T) *Ley Foral 14/2007, de 4 de abril, del Parlamento de Navarra, de Patrimonio de Navarra*¹²⁹:

Artículo 24. Herencias, legados y donaciones.

«[...]

4. Si los bienes y derechos se hubieran adquirido bajo condición o modo de su afectación permanente a determinados destinos se entenderá cumplida y consumada cuando durante treinta años hubieran servido a tales destinos, aunque posteriormente dejaren de estarlo por circunstancias sobrevenidas de interés público».

Artículo 44. Cesión gratuita de la propiedad de bienes inmuebles y derechos inmobiliarios.

«1. La propiedad de los bienes inmuebles y derechos inmobiliarios patrimoniales de la Comunidad Foral de Navarra, podrá ser cedida gratuitamente, por el Departamento competente en materia de patrimonio, para fines de utilidad pública o interés social en favor de otras Administraciones Públicas y sus Organismos públicos, y de las fundaciones públicas de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra, previa tramitación de un expediente al que se incorporará un informe propuesta, un informe jurídico y la fiscalización por la Intervención.

2. La cesión, además de cuantos condicionamientos, limitaciones o garantías, en su caso, se estimen oportunos, deberá contener los siguientes extremos:

a) Finalidad a la que hayan de destinarse los bienes.

b) Fijación de la fecha para la implantación del uso o servicio y obligación de mantenimiento de la actividad para la que fue solicitado el bien o derecho durante todo el plazo de cesión.

c) Prohibición de enajenar o gravar el bien o derecho a favor de terceras personas.

d) Fijación del plazo de la cesión, sin perjuicio de sus prórrogas, y sin que el plazo máximo, incluidas las mismas, pueda exceder de noventa y nueve años. El cómputo del plazo se iniciará desde la aceptación por el cessionario que deberá efectuarse en el plazo que al efecto se establezca.

3. Los bienes y derechos cedidos sólo podrán destinarse a los fines previstos y en la forma y condiciones que se hubieran establecido, salvo mutuo acuerdo de las partes. [...]

4. Si los bienes o derechos cedidos no fuesen destinados al fin previsto dentro del plazo señalado en el acto de cesión o dejaran de serlo posteriormente, se incumplieran las condiciones impuestas o llegase el término fijado, la cesión se considerará resuelta y aquéllos revertirán a la Comunidad Foral de Navarra, libre y gratuitamente, [...].

¹²⁹ Boletín Oficial de Navarra de 23 de abril de 2007.

5. Si la cesión tuviese por objeto bienes inmuebles o derechos reales sobre los mismos, se procederá a la práctica del correspondiente asiento a favor del cessionario en el Registro de la Propiedad, y no surtirá efecto la cesión en tanto no se cumplimente este requisito.

En la inscripción se hará constar el fin a que deben dedicarse los bienes y cualesquiera otras condiciones y cargas que lleve aparejada la cesión, así como la advertencia de que el incumplimiento de las mismas dará lugar a su resolución.

6. La resolución por la que se acuerde resolver la cesión y la reversión del bien o derecho será título suficiente para la inscripción de la misma en el Registro de la Propiedad o en los registros que procedan, así como para la reclamación, en su caso, del importe de los detrimientos o deterioros actualizado al momento en que se ejecute el acuerdo de reversión».

Artículo 45. Cesiones gratuitas del uso de bienes inmuebles y derechos inmobiliarios.

«1. El uso de los bienes inmuebles o derechos inmobiliarios patrimoniales podrá ser cedido gratuitamente por el Departamento competente en materia de patrimonio para fines de utilidad pública o interés social en favor de otras Administraciones Públicas y sus Organismos públicos, sociedades y fundaciones públicas o entidades sin ánimo de lucro.

2. Serán de aplicación a estas cesiones lo dispuesto en los apartados 2, 3, 4, 5, 6 y 7 del artículo 44 de esta Ley Foral.

3. Los derechos y obligaciones de los cessionarios se regirán por esta Ley Foral y por las disposiciones del Fuero Nuevo de Navarra relativas al uso y, supletoriamente, al usufructo».

Artículo 46. Cesiones gratuitas de bienes muebles y derechos incorporales.

«1. La propiedad o el uso de los bienes muebles patrimoniales y derechos incorporales podrán ser cedidos gratuitamente por el Departamento competente en materia de patrimonio, siendo de aplicación lo dispuesto en los artículos precedentes, salvo en lo que resulte incompatible con la naturaleza de dichos bienes o derechos.

2. No obstante, en el caso de bienes muebles, en atención a su naturaleza, podrá establecerse que finalizado el plazo que para los mismos se señale respecto al mantenimiento del destino, se entenderá cumplido el modo y la cesión pasará a tener el carácter de pura y simple».

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo), tomo VIII, vol. 2.º, Madrid, 1986, pp. 369 a 418.
- «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 1638 a 1643.
- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel/DÍAZ ALABART, Silvia: *La donación*, Madrid, 2006.
- ALONSO MÁS, María José: «Adquisición de bienes y derechos», *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, (director Juan Francisco Mestre Delgado), Madrid, 2004, pp. 269 a 330.
- AMAT LLARI, Eulalia: «Comentario de la STS de 12 de noviembre de 1990», *CCJC*, núm. 25, enero-marzo de 1991, pp. 71 a 78.
- ANDERSON, Miriam: *Las donaciones onerosas*, Madrid, 2005.
- ARRIBAS QUEVEDO, Henar: «Aspectos sobre la donación modal: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1.ª) de 12 de noviembre de 1990», *Derecho y Opinión*, núm. 1, diciembre de 1993, pp. 183 a 188.
- BOSCH CARRERA, Antoni: «Antecedentes históricos», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 1 a 67.
- CABRA DE LUNA, Miguel Ángel: «Perspectivas de futuro», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo II, Barcelona, 2007, pp. 1591 a 1671.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: «El artículo 39 del CC y la extinción de las fundaciones», *Centenario del CC*, tomo I, Madrid, 1990, pp. 371 a 391.
- «Constitución, modificación y extinción de las fundaciones», *Presente y futuro de las fundaciones* (dirigido y coordinado por R. de Lorenzo García y M. A. Cabra de Luna), Madrid, 1990, pp. 33 a 58.
- «Comentario del artículo 39 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo I, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 247 a 251.
- «La extinción de la fundación», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 451 a 490.
- CAPILLA RONCERO, Francisco: «Comentario del artículo 39 CC», *Comentario al CC y Compilaciones forales*, (dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart), tomo I, vol. 3.º, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 915 a 920.
- CARRANCHO HERRERO, Teresa: «La extinción de las fundaciones», *Derecho Privado y Constitución*, 1996, núm. 8, pp. 15 a 43.
- «Los estatutos», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 451 a 505.
- CASTÁN TOBEÑAS, José: «El “modo” en los actos jurídicos. Función del modo en la técnica del Derecho civil», *RDP*, 1918, núm. 54, pp. 91 a 101.
- «El “modo” en los actos jurídicos. Formación del modo en la historia del Derecho civil», *RDP*, 1919, núm. 67, pp. 102 a 109.
- «El “modo” en los actos jurídicos. Concepto de modo », *RDP*, 1921, núms. 94 y 95, pp. 211 a 218.

- CHINCHILLA MARÍN, Carmen: «Comentario artículo 21 Ley 33/2003», *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, (coordinadora Carmen Chinchilla Marín), Madrid, 2004, pp. 149 a 199.
- CIRIA PÉREZ, Francisco Javier: «La reversión de los bienes enajenados o cedidos por los Ayuntamientos por incumplimiento de las condiciones impuestas», *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, 1998, núm. 276, pp. 203 a 231.
- Cuscó, Margarita/CUNILLERA, Montserrat: *Comentarios a la nueva Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 20 de diciembre*, Madrid, 2003.
- DE LOS MOZOS, José Luis: «Revocación de donaciones por incumplimiento de cargas», *RCDI*, 1999, núm. 651, pp. 591 y 616.
- *La donación en el CC y a través de la jurisprudencia*, Madrid, 2000.
- DE PRIEGO FERNÁNDEZ, Verónica: «Modificación, fusión y extinción de las fundaciones», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 587 a 649.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen II, 5.^a edición (segunda en Civitas), Madrid, 1996.
- *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen III, 4.^a edición (primera en Civitas), Madrid, 1995.
- DOMÍNGUEZ RODRIGO, Luis M.^a: «La revocación de la donación modal», *ADC*, 1983, fascículo I, pp. 65 a 108.
- DURÁN RIVACOBIA, Ramón: *El Negocio Jurídico Fundacional*, Pamplona, 1996.
- «Modo y liberalidad (Aproximación jurisprudencial a su estudio unitario)», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, volumen III, Madrid, 1988, pp. 293 a 323.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, Manuel: «La reserva de la facultad de disponer en la donación y la reversión de bienes al donante. A propósito de la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de julio de 1998», *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, volumen I, Almería, 2000, pp. 477 a 496.
- FERNÁNDEZ ARROYO, Margarita: «Observaciones en torno a la revocación de la donación modal», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo II, Madrid, 2003, pp. 1799 a 1821.
- FLORENSA I TOMÁS, Carles Enric: «Comentario de la STS de 27 de julio de 1994» *CCJC*, núm. 37, enero-marzo de 1995, pp. 169 a 186.
- GARCÍA-ANDRADE GÓMEZ, Jorge: «Objeto y alcance de la Ley de Fundaciones. Concepto de fundación. Fines y beneficiarios. Aplicación de la ley y figuras especiales», *Comentarios a las Leyes de Fundaciones y de Mecenazgo*, (directores Santiago Muñoz Machado, Miguel Cruz Amorós y Rafael de Lorenzo García), Madrid, 2005, pp. 9 a 64.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del CC español*, (Reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Prof. Lacruz Berdejo), Zaragoza, 1974.
- GONSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto: «La transmisión de los bienes y derechos patrimoniales», *El régimen jurídico general del Patrimonio de las Administraciones Públicas. Comentarios a la Ley 33/2003, de 3 de noviembre*, (director Juan Francisco Mestre Delgado), Madrid, 2004, pp. 1089 a 1143.
- GONZÁLEZ CUETO, Tomás: *Comentarios a la Ley de Fundaciones. Ley 50/2002, de 26 de diciembre*, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- «El concepto de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 135 a 178.

- GRAMUNT FOMBENA, M.ª Dolores: «Reflexiones en torno a la revocación de la donación», *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, tomo I, Murcia, 2004, pp. 2211 a 2224.
- IMAZ ZUBIAUR, Leire: «Comentario de la STS de 20 de julio de 2007» *CCJC*, núm. 76, enero-abril de 2008, pp. 343 a 358.
- JEREZ DELGADO, Carmen: *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos. (La acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid, 1999.
- LAMARCA MARQUÈS, Albert: *El modo sucesorio*, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Dotación patrimonial e irreversibilidad de los bienes fundacionales», *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, 1993, núm. 4, pp. 91 a 115.
- LÓPEZ-NIETO Y MALLO, Francisco: *La ordenación legal de las fundaciones*, Madrid, 2006.
- MARÍN CASTÁN, Francisco: «Comentario del artículo 647 CC», *Comentario del CC* (coordinador Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), tomo IV, Barcelona, 2000, pp. 195 a 204.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «Fundaciones y donaciones temporales», *Homenaje a don Antonio Hernández Gil*, volumen II, Madrid, 2001, pp. 1341 a 1354.
- MIÑARRO MONTOYA, Ricardo: «La propiedad desde el punto de vista del Derecho civil: limitaciones del derecho de propiedad», *Propiedad y Derecho civil* (coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez), Madrid, 2006, pp. 231 a 261.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente L.: «El patrimonio», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 651 a 707.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «El legado de renta perpetua», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid, 2003, pp. 5391 a 5416.
- MORILLO GONZÁLEZ, Fernando: *La fundación: concepto y elementos esenciales*, Madrid, 2001.
- *El Proceso de Creación de una Fundación*, 2.ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2003.
- NIETO ALONSO, Antonia: *Donación onerosa y vitalicio. Perspectiva del incumplimiento de las cargas*, Madrid, 1998.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «Sobre la libertad del dominio. (Cláusula de reversión, o de constitución de servidumbre personal perpetua, a favor de una persona jurídica)», *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo III, Madrid, 2003, pp. 4119 a 4137.
- «La libertad del dominio», *Propiedad y Derecho civil* (coordinador Vicente Guilarte Gutiérrez), Madrid, 2006, pp. 61 a 77.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido: «Comentario del artículo 1680 CC», *Comentario del CC*, (dirigido por Cándido Paz-Ares Rodríguez, Luis Díez-Picazo Ponce de León, Rodrigo Bercovitz y Pablo Salvador Coderch), tomo II, Ministerio de Justicia, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 1409 a 1411.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, tomo I, 4.ª edición, Madrid, 2001.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis/REAL PÉREZ, Alicia: *Derecho de fundaciones y voluntad del fundador*, Madrid, 2000.
- PONCE SOLÉ, Juli: «Cesión y permuto de bienes y derechos», *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, (coordinadora Carmen Chinchilla Marín), Madrid, 2004, pp. 681 a 727.

- RODRÍGUEZ LÓPEZ, Pedro: *Derecho administrativo patrimonial. Comentario a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, tomos I y II, Barcelona, 2005.
- ROJAS MARTÍNEZ DEL MÁRMOL, José Javier: *Fundación y empresa: la admisibilidad de la cláusula de reversión en la Ley 50/2002, de Fundaciones*, Las Rozas (Madrid), 2003.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: *La Revocación de Donaciones*, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «El derecho de fundación», *Tratado de Fundaciones*, (director José María Beneyto Pérez), tomo I, Barcelona, 2007, pp. 69 a 134.
- SERRANO CHAMORRO, M.^a Eugenia: *Las fundaciones: dotación y patrimonio*, Madrid, 2000.
- SERRANO FERRER, M.^a Esperanza: «Reversión de terrenos cedidos por Ayuntamientos después de 30 años. Las Casas Cuartel. STS 14-feb-06», <http://www.administracionpublica.com/content/view/235/1/> (fecha de consulta: 8-2-2008).
- SIRVENT GARCÍA, Jorge: *La donación con cláusula de reversión*, Valencia, 2000.
- TORRALBA SORIANO, Orenco-Vicente: *El modo en el Derecho civil*, Madrid, 1967.
- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B.: «Donación, condición y conversión jurídica material», *Estudios sobre donaciones*, Madrid, 1978, pp. 315 a 485.
- ZURILLA CARIÑANA, M.^a Ángeles: «Comentario del artículo 647 CC», *Comentarios al CC* (coordinados por Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), 2.^a edición, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 828 y 829.

La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores

NIEVES FENOY PICÓN

Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El trabajo estudia fundamentalmente el concepto de falta de conformidad de escasa importancia en la resolución. Concepto que como es sabido utiliza la Directiva 1999/44 y está incorporado en nuestro ordenamiento en el Texto Refundido de Consumidores (art. 121). La cuestión fundamental es saber si la falta de conformidad de no escasa importancia es igual a falta de conformidad esencial (o si se prefiere grave por aproxímarlos a la terminología utilizada para el art. 1124 CC). La cuestión es de gran importancia y afecta no sólo al mayor o menor ámbito de aplicación de la resolución, sino a algo más importante: la inserción del remedio resolutorio en el resto de remedios por incumplimiento. Este es el tema fundamental del que me ocupo. Lo desarrollo teniendo en cuenta distintos elementos: a) El vigente Derecho español y su aplicación por las Audiencias Provinciales, así como la aplicación hecha por las Audiencias Provinciales de la resolución de la garantía del artículo 11 LGDCU; b) El análisis de distintos textos de Derecho privado europeo, además del de la Directiva 1999/44; c) Algun modelo de Derecho europeo. A lo largo del trabajo he creído conveniente, en ocasiones, tratar sobre cuestiones conexas, aclaratorias del mismo.

PALABRAS CLAVE

Falta de conformidad de escasa importancia y falta de conformidad esencial; incumplimiento esencial; resolución; Directiva 1999/44; Principles of European Law Sales; Draft Common Frame of Reference 2009;

* Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación «La modernización del Derecho contractual», SEJ2005-06506.

Acquis Principles; garantía del artículo 11 LGDCU; resolución del artículo 1124 CC.

ABSTRACT

This work deals with the concept of the lack of conformity which is minor. As it is known this concept uses the Directive 1999/44 and it is transposed in the Spanish Law in the rewritten text «Texto Refundido de Consumidores» (art. 121). What's fundamental is to know if the lack of conformity which is minor is equal to lack of fundamental conformity (or if you want it is quite serious to consider it next to the used terminology in art. 1124 CC). The matter is of great importance and it doesn't only affect more or less the scope of application of its termination, but also something more important: insertion of the. This is the fundamental subject I am in charge of. I'm trying to explain it by taking into account various and different elements: a) The Spanish Law in force and its applications in Audiencias Provinciales as well as the application of the termination of guarantee in artículo 11 LGDCU carried out by Audiencias Provinciales; b) I have analysed various text about European Private Law as well as Directive 1999/44; c) A sample of European law. Throughout my work I thought it was convenience, sometimes, to speak about matters related to this exact work.

KEYWORDS

Lack of minor conformity and fundamental lack of conformity; fundamental non-performance; termination; Directive 1999/44; Principles of European Law on Sales; Draft Common Frame of Reference 2009; Acquis Principles; guarantee of artículo 11 LGDCU; termination of artículo 1124 CC.

SUMARIO: I. *Introducción:* 1. El planteamiento de la cuestión. 2. El plan de este trabajo. 3. El estado de la cuestión en Derecho español: 3.1 Consideraciones previas. 3.2 La opinión de los autores españoles. 3.3 La gravedad del vicio oculto del CC y la falta de conformidad de no escasa importancia del Texto Refundido. II. *Primera Parte: Derecho Comunitario Y Derecho Privado Europeo:* 1. La falta de conformidad de escasa importancia en documentación comunitaria en torno a la Directiva 1999/44: 1.1 Ideas Previas. 1.2 Documentos comunitarios relativos a la Directiva 1999/44. 1.3 Otros documentos significativos: A) El Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo de 2006. B) La respuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo (Instituto Nacional de Consumo) al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo de 2006. C) La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 2008. 2. Los Principles of European Law Sales y los Principles of European Contract Law: 2.1 El incumplimiento esencial en los PECL conforme al Comentario oficial. 2.2 La falta de conformidad esencial en los PEL S conforme al Comentario oficial. 2.3 La falta de conformidad menor en las ventas de consumo en los PEL S conforme al Comentario oficial. 2.4 Excursus: el sistema jerarquizado de los remedios por falta de conformidad en los PEL S. 2.5 Otros rasgos caracterizadores de los PEL S. Reflexiones a partir de los PEL S.: A) Sistemas de jerarquía en los

remedios v. sistemas de libre elección en los remedios. B) El sistema de limitación de los daños derivados de la entrega de cosa no conforme al contrato, para los vendedores no profesionales. 3. La resolución de la compraventa en el *Draft Common Frame of Reference* de 2009. 4. La falta de conformidad y la resolución en los *Principles of the Existing EC Contract Law* según el Comentario Oficial.–II. *Segunda parte: el derecho español*: 1. La resolución conforme al régimen del artículo 11.3 LGDCU: 1.1 Algunas opiniones doctrinales. 1.2 La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en torno a los requisitos de la resolución del artículo 11.3 LGDCU: A) La carga de la prueba. B) Los requisitos de la resolución del artículo 11.3 LGDCU. C) El defecto de menor importancia y la resolución del artículo 11.3 LGDCU. D) Reflexiones sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales. 2. La resolución conforme al artículo 121 TR: 2.1 El supuesto de hecho de la resolución del artículo 121 TR. 2.2 El fundamento de la resolución del artículo 121 TR. 2.3 La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en torno al artículo 7 LG (vigente art. 121 TR): A) Sentencias que estiman la resolución: A.1 SAP de Zaragoza, 4.^a, 14.2.2007 (Pte. Navarro Peña). A.2 SAP de A Coruña, 5.^a, 25.1.2007 (Pte. Conde Nuñez). A.3 SAP de Murcia, 4.^a, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán). A.4 SAP de Pontevedra, 1.^a, 15.2.2007 (Pte. Rodríguez González). B) Sentencias que estiman la resolución: la falta de conformidad de escasa importancia: B.1 SAP de Granada, 4.^a, 3.10.2007 (Pte. Ruiz–Rico Ruiz). B.2 SAP de Salamanca, 1.^a, 30.6.2004 (Pte. Marino Borrego).–3. *Diferencias entre el supuesto de hecho de la resolución del artículo 121 TR y el del artículo 1124 CC (aliud pro alio)*: 3.1 El estado actual de la jurisprudencia del *aliud pro alio*. 3.2 Diferencias concretas entre la resolución del artículo 121 TR y la fundada en la doctrina del *aliud pro alio* (art. 1124 CC). IV. *Más allá de la resolución del artículo 121 tr: reflexiones finales*.–Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

1. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

[1] El artículo 121 *in fine* del *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* (Texto Refundido de consumidores, Texto Refundido o TR en adelante) establece:

«La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia»¹.

La «escasa importancia» de la falta de conformidad justifica que el consumidor no disponga del remedio de la resolución de la compraventa. La aplicación de la norma exige concretar su significado. Además, leyendo *a contrario* el artículo 121 TR, puede decirse que el consumidor puede resolver, si la falta de conformidad del producto es de *no* escasa importancia.

[2] En el análisis de un concreto supuesto de resolución contractual como es el del artículo 121 TR, un contrapunto para determinar su alcance lo proporciona la regulación general de la resolución del artículo 1124 CC. Es idea asentada en la resolución del artículo 1124 CC que el incumplimiento que permite resolver –el incumplimiento resolutorio– es el incumplimiento grave, importante, de entidad, esencial, etc².

¹ El artículo 7 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, equivalente al artículo 121 TR, dispone: «(...). La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia». El Texto Refundido de consumidores derogó la Ley 23/2003 (DD única TR).

² La regulación que el artículo 1124 CC hace de la resolución es parca; su párrafo I dispone: «[...]a facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados *no cumpliera lo que le incumbe*». En la expresión «no cumpliera lo que le incumbe» encajaría cualquier divergencia entre la prestación efectivamente realizada y la pactada en el contrato. Sin embargo, los autores y el Tribunal Supremo exigen el incumplimiento sea grave. Lo que se suele justificar en el principio de conservación del contrato. Por otro lado, el Tribunal Supremo ha destacado, en numerosas ocasiones, el carácter excepcional de la resolución. Sobre esto, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN indica: «Esta excepcionalidad, a veces proclamada por vía de máxima, es en la práctica muy relativa. Se pretende muchas veces, lo que es justo, impedir un cierto abuso en el ejercicio de acciones resolutorias, cuando el demandante, fundado en una infracción contractual del demandado, que no reviste una especial gravedad, o que a veces se encuentra provocada por el mismo actor (p.ej., falta de pago del precio, en algunos de los últimos plazos, en la compraventa de pisos, existiendo además oferta de pago del demandado), trata de desligarse del vínculo porque ya no le convenía o le interesaba. Sería, por ello, atrevido considerar que la resolución sólo puede ser excepcionalmente acordada cuando el contrato deja de ser útil para conseguir los fines perseguidos por las partes. La resolución ampara al contratante cumplidor frente al incumplimiento y no sólo frente a la frustración del fin del contrato. Cuando la jurisprudencia ha insistido en la «marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual», que es consecuencia del deber de fidelidad o de acatamiento a la palabra dada, que informa el principio fundamental de la contratación de acuerdo con el cual *pacta sunt servanda*, lo que probablemente quiere decir es que la resolución no se puede ligar con cualquier tipo de incumplimiento de deberes contractuales, sino que exige un incumplimiento en alguna medida cualificado, pero la puntualización de las características del «incumplimiento resolutorio», (...), no debe llevarnos a considerar que la resolución es excepcional y que el principio general es la conservación del contrato» [(2008) p. 814, v. también p. 813]. Por su parte, FERNÁNDEZ URZAINQUI: «En todo caso, una valoración global de la jurisprudencia relativa al incumplimiento resolutorio revela una marcada tendencia a la conservación del negocio. El mantenimiento de su vigencia, ante incumplimientos de escaso relieve que no alcanzan a impedir la utilidad perseguida con su conclusión, ha llevado sin embargo al alto Tribunal a proclamar como máxima la excepcionalidad de la resolución y a extremar de tal manera el rigor en la determinación de los requisitos exigibles para la apreciación del incumplimiento resolutorio, que difícilmente cabe estimar concurrentes en un concreto incumplimiento todas las características que

[3] Comparando el supuesto de la resolución del artículo 1124 CC y el de la resolución del artículo 121 TR, surge esta cuestión: ¿Es lo mismo incumplimiento de «no escasa importancia» e incumplimiento grave? ¿Operan de la misma manera estas dos manifestaciones de la resolución? En las respuestas de los autores españoles no hay una coincidencia de pareceres. Por mi parte, entiendo que el supuesto de hecho de cada una de estas resoluciones no es el mismo, siendo mayor el campo de actuación de la resolución del artículo 121 TR que la del artículo 1124 CC en su concreta aplicación a la jurisprudencia del *aliud pro alio*.

[4] La cuestión que estoy planteando no es peculiar del Derecho español.

Sivesand³ –que ha participado en la elaboración de los *Principles of European Law on Sales*⁴, lo que justifica el interés de conocer su opinión– nos ayuda a introducirnos en el debate que existe en esta materia.

Las normas que compara Sivesand son distintas de las que antes he indicado. Pero el problema también está presente. Compara el artículo 25 de la *Convención de Viena, de 11 de abril de 1980*, de

de aquél han ido predicándose./ Elocuente resulta el número de epítetos que al incumplimiento ha añadido la jurisprudencia para reconocerle eficacia resolutoria. De él se ha dicho que ha de ser *verdadero, total, absoluto, definitivo, grave, esencial, culpable, deliberado, pertinaz, continuado, duradero, inequívoco, injustificado...*» [cursiva del autor, (1997) p. 53]. Del mismo: «El artículo 1124 del CC anuda la resolución de las obligaciones recíprocas al «*no cumplimiento*» por uno de los obligados de la prestación que le incumbe. Si, como señala la Sentencia de 2 de noviembre de 1994, para tener por cumplida una obligación su realización «ha de ajustarse en todas sus modalidades al programa de prestación previsto al constituirse», parece que en pureza habría de atribuirse virtualidad resolutoria del vínculo contractual a cualquier desajuste en la ejecución del programa prestacional. Y sin embargo esto no es así: (...)» [cursiva del autor, (1997) p. 68].

Desde su exposición de Derecho comparado, TREITEL señala: «Various expressions are used to describe the seriousness of default (or other failure in performance) required to justify termination. The failure must, it is said, be «vital», or «total» or «fundamental» or «essential»; it must «go to the root» of the contract; it must be such that, had the aggrieved party known of it at the time of contracting, he would not have entered into the contract; it must deprive him of the «substance» of what he bargained for; it must «frustrate» his purpose in entering into the contract; it must amount to a «repudiation» of the contract; it must be such that further performance is of «no interest» to him; it must constitute an «important ground» for termination; it must go to the whole and not to party only the consideration; it must be material. None of these expressions is particularly helpful; nor, on the other hand, are most of them particularly misleading. There are, however, two of them which are open to some criticism./ (...)» [(1976) s. 159].

³ Autora de la monografía *The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods. Should there be Free Choice or are Restrictions Necessary?* (2005); pp. 265, 1 ss., IV, VII-VII.

⁴ Dentro del *Study Group on a European Civil Code* (y dentro del Grupo Utrecht). Doy detallada cuenta de los *Principles of European Law on Sales* *infra* [30] ss.

V. PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIROWSKA, Sales, Preface to this volume, núms. 3 y 4 pp. XIV-XV. Indica HONDIUS: «First Christoph Jeloschek and the Hanna Sivesand served as team co-ordinator for the Utrecht team. Both had meanwhile successfully defended their PhD theses on aspects of sales law, a considerable fringe benefit of the project» (op. cit. p. XV; v. *infra* nota 74).

compraventa internacional de mercaderías (Convención de Viena o CISG en adelante) en su referencia al incumplimiento esencial⁵ y el artículo 3.6 de la *Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (Directiva 1999/44 o Directiva, en adelante) en su referencia a la falta de conformidad «menor» (traducción de la versión inglesa de la Directiva)⁶.

[5] La cuestión está en saber el significado de la falta de conformidad menor. Según Sivesand, hay dos tesis:

a) Una considera que el umbral de la falta de conformidad «menor» está por debajo del incumplimiento esencial; y el consu-

⁵ Sobre el incumplimiento esencial: HONNOLD, «Comentario del artículo 25 CISG», ed. esp. de 1987, núm. 181-186, pp. 236-241; WILL, «Comentario del artículo 25 CISG» (1987), pp. 205-221; CABANILLAS SÁNCHEZ, «Comentario del artículo 25 CISG» (1998), pp. 211-222; v. también Ponente SCHWENZER, (2008). Más allá, VV.AA. *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, ed. Franco Ferrari (2008); informa sobre el Derecho español, GARCÍA CANTERO, pp. 273-280; una visión general, tras el informe de cada uno de los colaboradores sobre CISG en su país: FERRARI, pp. 413-480.

⁶ El artículo 3.6 Directiva 1999/44, versión española: «El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de *escasa importancia*» (su correspondiente es el artículo 121 *in fine* TR). La calificación «menor» de Sivesand procede, como he apuntado, de la versión inglesa de la Directiva. El artículo 3.6 Directiva 1999/44 dispone: a) En la versión inglesa: «3.6 The consumer is not entitled to have the contract rescinded if the lack of conformity is *minor*»; b) en la francesa: «3.6 Le consommateur n'est pas autorisé à demander la résolution du contrat si le défaut de conformité est *mineur*»; c) en la alemana: «3.6 Bei einer geringfügigen Vertragswidrigkeit hat der Verbraucher keinen Anspruch auf Vertragsauflösung»; d) en la italiana: «3.6 Un difetto di conformità *minore* non conferisce al consumatore il diritto di chiedere la resoluzione del contratto». Este artículo 3.6 Directiva 1999/44 se corresponde con el artículo 130.10 *Codice del Consumo* italiano: «Un difetto di conformità di lieve entità per il quale non è stato possibile o è excesivamente oneroso esperire i remedii della riparazione o della sostituzione, non dà diritto alla risoluzione del contratto». En comparación, el artículo 1455 CC ital. 1942 dispone: «Importanza dell'inadempimento. Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra (1522, 1525, 1564, 1565, 1668, 1819, 1820, 1878, 1901, 2286)». Sobre la importancia del incumplimiento en el CC italiano de 1942: MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, trad. 1.^a ed. ital., núms. 15-35 bis, pp. 56-139; con carácter general, señala MOSCO: «El artículo 1455 que dicta las normas que han de servir de base para fijar la medida necesaria, adopta una fórmula en la cual lo único verdaderamente útil y digno de consideración es el íntimo ligamen entre incumplimiento e interés del acreedor. Por lo demás, dicha norma se limita a denegar la resolución cuando el incumplimiento tiene escasa importancia, adoptando así una forma un tanto vaga y elástica. No por eso se puede acusar al legislador, ya que es obvio que dada la gran variedad de aspectos que el incumplimiento puede adoptar en los diversos tipos de contratos con prestaciones recíprocas, no es nada fácil condensarlos en una fórmula única e incisiva, cuya interpretación presentará a veces al interpretarla mayores dificultades en la práctica, de las que tendría una norma de contornos menos precisos. No obstante, como quiera que está fuera de toda duda que la gravedad del incumplimiento constituye el presupuesto esencial de la resolución, y que el admitirla o negarla depende en su esencia de la medida que se adopte para valorar el incumplimiento, es misión imprescindible de la jurisprudencia tratar de dar una medida lo más precisa posible para realizar dicha valoración./ Que esta tarea, es indudablemente difícil, lo demuestra entre otros el hecho, de que la doctrina de los diversos países europeos donde existe la institución resolutoria, ha llegado al tratar este problema, a resultados diversos y discordantes» (núm. 16 pp. 61-62).

midor tiene en la Directiva 1999/44 una resolución más amplia que la de la Convención de Viena.

b) La otra tesis entiende que ha de aplicarse a la falta de conformidad menor de la Directiva, el mismo nivel de exigencia que a la falta de conformidad esencial de la Convención de Viena. Se destaca que la Directiva 1999/44 se inspira en general en la Convención de Viena⁷.

Desde ahora he de advertir que la cuestión que expone Sivesand está abierta en el panorama europeo. Efectivamente, hay disparidad en las opiniones de los autores, si bien se percibe una mayor tendencia a entender que los umbrales de las resoluciones que se están comparando son distintos⁸.

⁷ SIVESAND (2005) pp. 152-153; en la primera dirección cita a Schwartz, Hondius y Grundmann; en la segunda a Jud. V. la nota que sigue.

⁸ Aparte de los autores citados en la nota 7, el debate puedo reproducirlo con otros, como CRISTOFARO y TROIANO. El primero defiende la diferencia entre las resoluciones que comparo; el segundo no considera que operen de manera tan distinta, en la cuestión analizada.

Según CRISTOFARO: «(...) per la risoluzione del contratto, che può esser pretesa dal consumatore soltando qualora il difetto di conformità manifestatosi nel bene di consumo no sia «minore», secondo quanto statuito dall'articolo 3, par. 6 [v. *supra* nota 6]. La direttiva non fornisce una definizione della nozione di «difetto di conformità minore», né precisa i parametri sui cui deve fondarsi il giudizio volta a stabilire se un difetto di conformità debba essere valutato come «minore», ai fini dell'esclusione della possibilità di ottenere la risoluzione del contratto. La concreta individuazione dei contenuti e dei confini di questa limitazione viene così rimessa alla doctrina e alla giurisprudenza dei singoli Paesi membri, le quali verosimilmente finiranno per ribadire le conclusioni raggiunte in sede di interpretazione e applicazione delle disposizioni nazionali simili a quella contenuta nell'articolo 3, par. 6 della directiva. *In ogni caso, sembra doversi escludere che la nozione di difetto di conformità non «minore» coincida con quella di fundamental breach of contract di cui all'articolo 25 della Convenzione di Viena: i rigorosi presupposti cui, in virtù della previsione dell'articolo 49, I^o co., lett a) delle Convenzione di Viena, è subordinata la possibilità, per il commerciante che abbia ricevuto merce «non conforme al contratto», di risolvere il contratto stesso, appaiono infatti incompatibili con la ratio consumeristica della disciplina comunitaria. Il consumatori cui venga consegnato un bene non conforme al contratto deve pertanto considerarse legittimato a chiedere la risoluzione anche quando non sussistano gli estremi di una «violazione essenziale» del contratto, purché il difetto non sia di natura o entità tale da risultare sostanzialmente irrelevante, tenuto conto delle caratteristiche del bene di consumo nonché degli scopi per i quali il consumatore lo ha acquistato»] (2000) pp. 210-212; cursiva mia]. TROIANO, tras apuntar que en la CISG la resolución es remedio que opera inmediatamente, mientras que en la Directiva 1999/44 es remedio de segundo grado, indica sobre el incumplimiento resolutorio: «However, though as a residual remedy, under the Directive termination seems to be possible even where the lack of conformity is not «fundamental». A different rule applies under the CISG, since above mentioned Article 49 provide a right to terminate the contract for a non-fundamental breach of contract *only* where the buyer has assigned a supplementary deadline (*Nachfrist*) to the seller to perform and, despite this supplementary period, the seller does not perform (Article 49 (1) lit. b) CISG). The divergence between CISG and Consumer Sales Directive is, however, more apparent than real./ A more attentive interpretation of the notion of fundamental breach of contract under Article 25 CISG should permit to reach very similar results./ (...) / As to the second issue, i.e. that the Directive seems to allow termination also where the non-performance is not fundamental, it must on the contrary be reminded that Article 3 (6) Directive disallows termination where the lack of conformity is minor. Furthermore, the Directive allows termination *only* if repair and replacement are disproportionate. *This req-**

[6] Por su parte, Sivesand es partidaria de la primera tesis: la del distinto campo de actuación de cada una de estas resoluciones. Lo justifica en los cambios que se produjeron en el proceso de tramitación de la Directiva 1999/44⁹. Y también lo justifica en el siguiente razonamiento. En la Convención de Viena, para poder concretar si la falta de conformidad es esencial, y así poder directamente resolver la compraventa, es importante determinar si la falta de conformidad es o no fácilmente subsanable. En cambio, esta cuestión no se plantea en la Directiva 1999/44, puesto que en este texto la resolución es un remedio de segundo grado (art. 3.5¹⁰). Y así, si el vendedor no aprovecha la oportunidad de la reparación del bien o de su sustitución (remedios de primer grado), en casos en los que la falta de conformidad es objetivamente esencial pero fácil de subsanar, el vendedor ha de asumir las consecuencias de su comportamiento¹¹; el consumidor podrá resolver.

En un plano abstracto, Sivesand señala, que, cómo de grave haya de ser la falta de conformidad para permitir al comprador resolver, depende de si este es libre de optar entre los remedios derivados del incumplimiento, o si entre tales remedios opera una relación de jerarquía, prevaleciendo el cumplimiento (reparación, sustitución), tal como sucede en la Directiva 1999/44.

En su consideración, si hay jerarquía de remedios o el vendedor tiene derecho a subsanar la falta de conformidad, el umbral a partir del cual puede permitirse la resolución puede ser más bien bajo, dado que el vendedor ha tenido la oportunidad de subsanar. Pero si no hay jerarquía y el comprador es libre en cuanto al ejercicio, entiende más difícil la respuesta, considerando que en las ventas ordinarias y, particularmente, en las ventas internacionales, el umbral debe ser más bien alto (esto es, exigir que la falta de conformidad sea esencial).¹²

[7] En el orden de la prueba, Sivesand indica que en la Convención de Viena, es el comprador quien ha de probar que la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial, mientras que

ueriment is almost equivalent, in its concrete outcome, to the requirement of the breach of contract being fundamental: the more serious is the breach, more likely it is that the repair and replacement are disproportionate in comparison with termination» [(2008) pp. 367-369; cursiva mía; v. desde la p. 366].

V. asimismo MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON (2006) pp. 421-422.

⁹ SIVESAND (2005) p. 153. Sobre el iter de la Directiva 1999/44 *infra* [21].

¹⁰ Artículo 3.5 Directiva 1999/44: «El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato:/ – si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o/ – si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en plazo razonable, o/ – si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor».

¹¹ SIVESAND (2005) p. 153.

¹² SIVESAND (2005) pp. 150-151; v. pp. 242-243.

en la Directiva 1999/44, es el vendedor quien debe probar el carácter menor de la falta de conformidad como defensa frente a la pretendida resolución del consumidor¹³.

2. EL PLAN DE ESTE TRABAJO

[8] En esta *Introducción* voy a exponer el estado de la cuestión entre los autores españoles, como inicial punto de partida en la cuestión que estudio. Tras ello, en una *Primera Parte*, analizo el Derecho privado europeo. En éste estudio diversos documentos comunitarios coordinados en torno a la Directiva 1999/44. Después analizo los *Principles of European Law on Sales* y el incumplimiento esencial de los *Principles of European Contract Law*, por la remisión que a éstos hacen, los primeros. Estos *Principles* presentan interés pues en la compraventa en la que *no interviene un consumidor* exigen para resolver que el incumplimiento sea *esencial*; si *interviene un consumidor, basta* con que el incumplimiento *no sea menor*. Por esto y por los Comentarios explicativos que acompañan a estos Principios, doy de ellos particular cuenta. Ese diferente tratamiento de la resolución está también presente en el *Draft Common Frame of Reference*. Y en los *Principles of the Existing EC Contract Law* se generaliza la regla de que el acreedor no puede resolver el contrato, si el incumplimiento es menor. De estos otros textos doy también información.

Tras el análisis del Derecho Privado Europeo, comienzo con el del Derecho español, la *Segunda Parte* de mi trabajo. Me ha interesado conocer la situación existente en el Ordenamiento español con anterioridad a la *Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo* (que incorporó la Directiva 1999/44). Esto conlleva estudiar la resolución del artículo 11.3 de la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*¹⁴. Y especialmente me ha interesado la aplicación judicial que del artículo 11.3 LGDCU han hecho las Audiencias Provinciales. Hay una asentada jurisprudencia que afirma que la resolución del artículo 11.3 LGDCU *no requiere* que el bien sea total o parcialmente inútil, tal y como exige la jurisprudencia del *aliud pro alio* para la resolución del artículo 1124 CC. El ámbito de estas dos resoluciones se concibe diferente, siendo mayor el de la resolución del artículo 11.3 LGDCU.

¹³ SIVESAND (2005) p. 153.

¹⁴ Sobre las expresiones de garantía legal y comercial, a propósito del artículo 11, 2 y 3, LGDCU, FENOY PICÓN (2006) [32]-[34] pp. 96-106.

Expuesta la etapa anterior, analizo la resolución del artículo 121 TR (art. 7 LG). Las particulares características de esta resolución son: se trata de un remedio de segundo grado (primero debe intentarse el cumplimiento) y tiene un amplio alcance aplicativo (su límite es la falta de conformidad de escasa importancia). La falta de conformidad de escasa importancia son esos defectos pequeños que el consumidor debe tolerar en el sentido de que, por ellos, no puede resolver la compraventa. El fundamento de esta resolución es la elevada protección que debe recibir el consumidor.

La resolución del artículo 121 TR no tiene que suponer una ruptura total con el Derecho anterior y en este sentido creo que la aplicación judicial que las Audiencias Provinciales han hecho del derogado artículo 11.3 LGDCU no ha de desecharse. Aunque superado por el Texto Refundido de Consumidores (cfr. DT 1.^a TR)¹⁵, la jurisprudencia en torno al artículo 11.3 LGDCU puede ayudarnos en los primeros momentos en los que todavía estamos, de desenvolvimiento práctico de la resolución del artículo 121 TR. Sobre todo puede ayudar en que interpretativamente no acerquemos la resolución del artículo 121 TR a la resolución del artículo 1124 CC en lo que se refiere a la gravedad que del incumplimiento exige el Tribunal Supremo en la aplicación de su doctrina del *aliud pro alio*.

Hace bastantes años estudié la jurisprudencia del *aliud pro alio*. Puesto que intento comprobar si el supuesto de hecho de la resolución del artículo 121 TR, en cuanto a la entidad de la falta de conformidad difiere del de la resolución del artículo 1124 CC en su aplicación al *aliud pro alio*, he creído conveniente revisar dicha jurisprudencia. He revisado el período que va desde 2003 hasta 2007, comprobando que no ha habido cambios sustanciales. Tras ello, finalmente, procedo a comparar la resolución del artículo 121 TR con la del artículo 1124 CC y el *aliud pro alio*. En mi opinión, los supuestos de hecho de estas resoluciones son distintos por lo que respecta a la entidad del incumplimiento resolutorio.

3. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

3.1 CONSIDERACIONES PREVIAS

[9] Antes de iniciar la exposición del Derecho español, he de hacer ciertas consideraciones.

¹⁵ Y en mi opinión, derogado en parte por la Ley 23/2003; FENOY PICÓN (2006) [30]-[41] pp. 90-130 y en particular [42]-[48] pp. 130-148. V. DT 2.^a TR.

[10] *Primera consideración.*— Las normas sobre resolución que los autores comparan no siempre son las mismas. Ello puede deberse al momento en el que se publica el trabajo (por ejemplo, antes de que se incorpore la Directiva 1999/44 al Derecho español) o a la perspectiva desde la que se enfoca el estudio (se trata del Derecho interno y no del comunitario), etc. Y así resulta que, en ocasiones, uno de los elementos de la comparación es la resolución prevista en el artículo 3.6 Directiva 1999/44 y no la resolución del artículo 7 LG o la del artículo 121 TR. Otras veces, el otro elemento de la comparación no es la resolución del artículo 1124 CC, sino la resolución que se asienta en el concepto de *incumplimiento esencial* de la Convención de Viena (arts. 25, 49.1 CISG); en el del *incumplimiento esencial* de los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (en adelante Principios UNIDROIT; art. 7.3.1); y en del *incumplimiento esencial* de los *Principles of European Contract Law* (PECL en adelante; art. 9:301). Téngase en cuenta que en los últimos años y de manera progresiva, los PECL van estando presentes en la construcción doctrinal y jurisprudencial de la resolución del artículo 1124 CC¹⁶ en lo que se

¹⁶ Más allá, en la dinámica de reordenar y revisar la resolución del artículo 1124 CC, ESPIAU ESPIAU defiende, en contra de la doctrina, hoy aceptada, de que el plazo de prescripción de la resolución del artículo 1124 CC son quince años (art. 1964 CC), un plazo de ejercicio de cuatro años de caducidad.

ESPIAU ESPIAU expone, como inicialmente el Tribunal Supremo se había inclinado por el plazo de cuatro años de la rescisión del CC, pero, a partir de la STS 24.9.1930, se asienta la tesis del plazo de prescripción de los quince años del artículo 1964 CC (pp. 614-620). Asimismo señala, que la doctrina de los autores ha seguido unánimemente el mencionado criterio jurisprudencial (pp. 620-622). Tras ello, ESPIAU ESPIAU entra a revisar dicha tesis. Destaca que la opción que ofrece el artículo 1124 CC al perjudicado, entre el cumplimiento o la resolución, son dos términos independientes y cada uno se regula por sus propias reglas (pp. 622-624). Entiende que la naturaleza jurídica de la resolución del artículo 1124 CC es la de ser una facultad de configuración jurídica (p. 625) y en relación con estas facultades, tanto el Tribunal Supremo como la doctrina son unánimes en considerar que el plazo en que han actuarse es de *caducidad* (p. 626). En su opinión, no procede aplicar el artículo 1964 CC a la resolución del artículo 1124 CC, lo que argumenta como sigue. Las «acciones personales» a que se refiere el artículo 1964 CC son, en principio y en una interpretación sistemática, aquéllas a través de las cuales se ejercitan derechos de crédito y se exige el cumplimiento de una obligación. Reconoce que también podrían tener cabida las acciones personales a través de las cuales se ejercitan derechos de configuración jurídica (cfr. art. 1930 CC). Desde esta perspectiva, la resolución del artículo 1124 CC podría tener encaje en el artículo 1964 CC. Ahora bien, este precepto sólo se ocupa de las acciones personales, cuyo plazo de ejercicio es el de un término de prescripción y no, si es de caducidad. El plazo de ejercicio de la resolución del artículo 1124 CC es de caducidad y por ello no puede aplicarse el plazo del artículo 1964 CC, que regula un plazo de prescripción [las anteriores afirmaciones en pp. 627-628; v. hasta p. 629]. Considera ESPIAU ESPIAU que, siendo la resolución del artículo 1124 CC una facultad de configuración jurídica, cuyo plazo de ejercicio está sujeto a caducidad y que carece de regulación específica, procede subsanar tal carencia aplicando por analogía preceptos que regulen casos semejantes (p. 629). Sostiene que es posible aplicar las disposiciones relativas a las acciones rescisorias de los artículos 1290 ss. CC, dado que también se refieren a facultades de configuración jurídica con idéntica finalidad, la de extinguir un contrato válidamente celebrado del que deriva un perjuicio para uno de los contratantes (p. 629, v. hasta p. 631). Por ello concluye, a propósito de la opción que

refiere a la noción del incumplimiento resolutorio¹⁷. Asimismo, los

el artículo 1124 CC reconoce al perjudicado por el incumplimiento, que, «mientras la acción de cumplimiento *prescribe* a los quince años [art. 1964 CC], la de resolución *caduca* a los cuatro [art. 1299.1 CC]. Esto significa que tales acciones sólo coexisten durante este último período de tiempo y que, por tanto, la opción que se ofrece a su titular de escoger una u otra se agota una vez transcurrido el mismo, momento a partir del cual sus posibilidades de actuación se reducen a la facultad de exigir tan sólo el cumplimiento de la obligación» (p. 631). [ESPIAU ESPIAU (2006); para el Derecho catalán pp. 631-635].

¹⁷ Para la resolución del artículo 1124 CC y el incumplimiento esencial de los PECL y, sólo el Tribunal Supremo, por ejemplo: STS, 1.^a, 10.10.2005 (FD 6.º; Pte. Roca Trías), STS, 1.^a, 22.12.2006 [FD 3.º, letra a); Pte. Xiol Ríos], STS, 1.^a, 20.7.2006 (FD 8.º; Pte. Xiol Ríos), STS, 1.^a, 5.4.2006 (FD 3.º; Pte. Roca Trías). En la STS, 1.^a, 23.7.2007 (Pte. Xiol Ríos) se relaciona el artículo 1504 CC con el artículo 8:106 (3) PECL [en la sentencia aparece art. 1.806 3); FD 7.º]; en esta sentencia también se cita el artículo 8:108 PECL, así como los Principios sobre los contratos comerciales internacionales de UNIDROIT (FD 7.º).

Particular atención merece la STS, 1.^a, 31.10.2006, que señala que los PECL sirven para *integrar* el artículo 1124 CC de conformidad con el mandato de interpretar las normas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de aplicarse (art. 3.1 CC). En el FD 5.º: «B) Para que se produzca el supuesto de la resolución del artículo 1124, además de que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, es preciso que se produzca un incumplimiento grave de la obligación. La parte recurrente niega la concurrencia de este segundo elemento en el supuesto examinado./ C) Esta Sala había venido manteniendo que sólo existía incumplimiento resolutorio cuando concurre una voluntad deliberadamente rebelde del deudor (SSTS de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986, 18 de noviembre de 1994 y 5 de diciembre de 2002, entre muchas otras)./ Algunas sentencias han introducido matizaciones a este criterio, presumiendo que la voluntad de incumplimiento se demuestra «por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985) o por la frustración del fin del contrato «sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren (...) las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo de 2003, 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006, entre otras); exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004); o admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida (...) la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización (...) según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002)./ Esta tendencia, como declara la STS de 5 de abril de 2006, se ajusta a los criterios sobre incumplimiento contenidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980 (a la que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1990), cuyo artículo 25 califica como esencial el incumplimiento de un contrato (en virtud del cual el comprador podrá declarar resuelto el contrato: art. 49) diciendo que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación./ En un sentido parecido se pronuncia el artículo 8:103 de los Principios de Derecho europeo de contratos, según el cual «el incumplimiento de una obligación es esencial para el contrato:/ (a) Cuando la observancia estricta de la obligación pertenece a la causa del contrato./ (b) Cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de lo que legítimamente podía esperar del contrato, salvo que la otra parte no hubiera previsto o no hubiera podido prever en buena lógica ese resultado./ (c) O cuando el incumplimiento sea intencionado y dé motivos a la parte perjudicada para entender que ya no podrá contar en el futuro con el cumplimiento de la otra parte» [es la traducción oficial del art. 8:103 PECL, revisada por Fernando SANZ MARTÍNEZ]./ *El criterio recogido en una disposición internacional de carácter convencional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y reflejado también en un documento en que se formulan jurídicamente los principios que integran la llamada lex mercatoria (ley comercial) comunes a los distintos ordenamientos, en cuanto reflejan y pretende ordenar, con el propósito de elaborar normas uniformes, la práctica seguida en relaciones comerciales que superan*

PECL se han tenido en cuenta en la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del CCO en la parte general sobre contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad*, de 1 de febrero de 2006 y, concretamente, en la definición del incumplimiento esencial, que es el incumplimiento que permite resolver el contrato (art. 64.1)¹⁸.

Al comparar las distintas normas sobre la resolución del contrato hemos de tener en cuenta el sistema del incumplimiento y de los remedios en los que cada una de aquellas opera. No es lo mismo comparar la resolución del artículo 121 TR (o del derogado art. 7 LG) con la resolución del artículo 1124 CC o, con la resolución de

el ámbito estatal, debe servirnos para integrar el artículo 1124 CC siguiendo el mandato de interpretarlo con arreglo a la realidad social del momento en que se aplica» (cursiva mía; cfr. art. 3.1 CC).

Otras materias en las que también se ha aludido a los PECL, por ejemplo: STS, 1.^a, 31.10.2005 (solidaridad y obligaciones mercantiles, FD 2.^o), STS, 1.^a, 4.7.2006 (buena fe objetiva, FD 6.^o), STS, 1.^a, 11.7.2006 (buena fe objetiva, solidaridad y obligaciones mercantiles, FD 5.^o, 7.^o), STS, 1.^a, 27.9.2006 (pago anticipado, FD 3.^o), STS, 1.^a, 5.1.2007 (compensación judicial, FD 3.^o, 3.^a), STS, 1.^a, 11.7.2007 (interpretación del contrato, FD 2.^o). Todas estas sentencias y las anteriores son de alguno de los dos siguientes Ponentes: Encarnación Roca Trías o Juan Antonio Xiol Ríos. Sobre la jurisprudencia, XIOL RÍOS (2007-1) pp. 9-32. Sobre la aplicación judicial española de los PECL, VENDRELL CERVANTES (2008-3) pp. 534-548; para la resolución del artículo 1124 CC y los PECL, pp. 524-540; VENDRELL también informa sobre sentencias de Audiencias Provinciales que han tenido en cuenta los PECL. Afirma: «6. On the other hand, the increasing use of PECL might become problematic in those cases where PECL leave a considerable level of flexibility to courts to decide a conflict of interests. The absence of a supreme court to unify the interpretation of PECL could lead to Spanish courts proceeding with a interpretation *pro domo sua* of them; which could differ from the original meaning of the text or from the doctrine of the other European national courts» (p. 547; coincido con el autor). V. asimismo PERALES VISCASILLAS para la aplicación judicial española de los PECL, (2008) pp. 472-500.

La idea de que nuestro Ordenamiento puede integrarse a través de estos Principios europeos, también se ha manejado en la STS, 1.^a, 17.7.2007 para el artículo 1902 CC y los Principios de Derecho europeo de responsabilidad civil; y también pueden completar al artículo 1104 CC. El caso trató de una reclamación de daños sufridos por una mujer que se cayó en la casa a la que había sido invitada (en el pasillo porque no estaba iluminado y parece que había un juguete). En el FD 3.: «(...). 4.^a En los trabajos preparatorios de los «Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil», actualmente en curso, se define el «Estándar de conducta exigible» como «el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos» (art. 4:102.1).¹⁹ Tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del artículo 1902 CC y completar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones, como el artículo 1104 cuando alude tanto a la «diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar» como a «la que correspondería a un buen padre de familia» para, así, configurar un modelo de conducta diligente válido para la mayoría de los casos. (...)» [cursiva mía; en la STS, 1.^a, 6.3.2007 se cita al artículo 6:102; con carácter general: *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, European Group on Tort Law (2008)].

¹⁸ V. también artículo 63 de la *Propuesta*.

la Convención de Viena o, con la resolución de los Principios Uni-droit o con la de los PECL. Esto siempre ha de tenerse presente.

[11] *Segunda consideración*.—En la doctrina se utilizan dos ideas distintas sobre la gravedad del incumplimiento: una objetiva y otra subjetiva. Pero, en relación con la cuestión de la que tratamos, no siempre se aclara convenientemente que concepción maneja el autor. Esto dificulta conocer con precisión el pensamiento de cada autor.

Sobre la gravedad del incumplimiento¹⁹:

a) La construcción objetiva analiza la entidad económica del incumplimiento en relación con el valor total de los intereses del contrato y, a través de esa relación se establece la gravedad del incumplimiento. Suele ponerse el ejemplo del artículo 1469 CC, según el cual, si la disminución de la cabida o calidad del inmueble es inferior a la décima parte de lo pactado no cabe la «rescisión» del contrato; si es superior, cabe «rescindir» la compraventa. En esta misma línea se encuentra el artículo 1470 CC, en el cual el corte para que el comprador pueda «desistir» del contrato se produce si la mayor cabida del inmueble excede de la vigésima parte.

b) La construcción subjetiva fija la atención en si el interés del acreedor (incorporado al contrato) se ha visto significativamente insatisfecho por el incumplimiento de deudor. Analiza si el incumplimiento ha frustrado el fin del contrato, lo cual —añado yo— puede suceder en el incumplimiento de la falta de conformidad tanto si el bien adolece de defectos graves como de defectos de menor importancia y de defectos más pequeños. En esta construcción suelen ponerse, como ejemplos, el artículo 1479 CC (evicción parcial)²⁰, el artículo 1483 CC (saneamiento por cargas o graváme-

¹⁹ Las ideas del texto las extraigo de la lectura de: ÁLVAREZ VIGARAY (2003) pp. 213-229, 177-191; FERNÁNDEZ URZAINQUI (1997-I) pp. 53, 61-63, 72-73; MONTÉS PENA-DES (1989) pp. 1230-1231, 1239-1240; PINTÓ RUIZ, traducción y notas de la 1.^a ed. italiana de la obra de Mosco, pp. 360-364. En la conexión entre los artículos 1124 CC y 1504 CC por la jurisprudencia: JORDANO FRAGA (1992) pp. 94-98 (apoya la exigencia de la gravedad en los arts. 7.1 y 1258 CC), 102-104, 107-109, 173-183.

²⁰ Aunque el artículo 1479 CC [«Si el comprador perdiere, por efecto de la evicción, una parte de la cosa vendida de tal importancia en relación con el todo que sin dicha parte no la hubiera adquirido, (...)] tenga mayor conexión con el cumplimiento parcial, son interesantes las siguientes consideraciones de MUCIUS SCAEVOLA y MANRESA Y NAVARRO. MUCIUS SCAEVOLA: «Pongamos por ejemplo de lo primero la venta de una dehesa de cien hectáreas, de que son reivindicadas noventa por una tercera persona; la venta de un hotel de que es reivindicado el jardín. La significación de la pérdida en estos casos, no ya por su cuantía en relación con el todo, ó sea por el más ó menos valor proporcional de lo perdido, sino por su «importancia» respecto del total, cualquiera que sea la relación de precio ó valor, es ó puede ser tan grande que implique la inutilidad del contrato de compra. Repetimos que la cuantía de la pérdida no ha sido tenida en cuenta aquí por el legislador, pues para el fin á que éste aspira, tanto importa en el ejemplo de la dehesa que la privatización haya sido de muchas ó de pocas hectáreas, de más ó de menos de su cabida, si consta que el comprador necesitaba precisamente la extensión comprada, y que cualquier

nes ocultos) o, los artículos 1484 ss. CC (saneamiento por vicios ocultos). En la presente construcción, el incumplimiento de obligaciones accesorias puede permitir la resolución del contrato.

La determinación y concreción del contenido de la regla contractual es algo clave en la construcción subjetiva. En ello, desempeña un importante papel la interpretación del contrato y su integración.

[12] Por mi parte, concibo la resolución desde esta construcción subjetiva. No obstante, la entidad económica del incumplimiento es normalmente un indicio del carácter esencial del mismo.

3.2 LA OPINIÓN DE LOS AUTORES ESPAÑOLES

[13] Con el riesgo simplificador, propio de toda síntesis, puede afirmarse que en el panorama español hay al menos dos grandes líneas.

Según una, en el sector de los consumidores, el campo operativo de la resolución por falta de conformidad es más amplio que el de la resolución del artículo 1124 CC o el de la resolución de la Convención de Viena o el de la resolución de los Principios UNIDROIT o de la resolución de los PECL. La otra tesis viene a consi-

disminución en ella le hubiera hecho desistir del contrato. Sin embargo de esto, no dejará de ser aplicable, por su evidente analogía, cuando se trate de inmuebles, la disposición del artículo 1469, el cual requiere para la rescisión que la disminución de cabida exceda del 10 por 100 del total./ (...)». También es evidente que la apreciación de si la parte de cosa eviccionada es «de tal importancia en relación al todo que sin dicha parte no la hubiera comprador» el comprador, (...) son apreciaciones que corresponden por su naturaleza, al campo del criterio judicial, como relativas á cuestiones de hecho, que han de decidirse exclusivamente por el resultado de las pruebas aportadas./ (...)» [(1906) pp. 579-581]. MANRESA Y NAVARRO: «Más, ¿cómo sabremos si la parte de que se ve privado el comprador es de tal importancia que pueda afirmarse que sin ella la compra no se hubiera verificado? El Código no marca el límite de esta importancia, ni lo hace consistir en una parte alícuota del valor ni de la cabida ó número de la totalidad de la cosa comprada. Únicamente parece dar á entender que esa importancia ha de graduarse en relación con la cosa vendida; pero la forma y la manera de formular este juicio previo, indispensable para decidir cuáles son las acciones que al comprador asisten, no están en el Código. Ni podía este consignarlas, so pena de establecer un casuismo que las más de las veces sería injusto. La naturaleza de la cosa comprada, el fin á que se la destina, los propósitos del comprador revelados –como dice el artículo 1282– por sus propios actos coetáneos y posteriores al contrato, serán los datos que, unidos á la importancia de la parte que por evicción se ha perdido en relación con la totalidad de la cosa, darán la clave para la aplicación del artículo 1479. Esto siempre implicará un problema de prueba, cuya apreciación corresponde á los tribunales» [(1905) pp. 190-191]. Sobre la evicción parcial y la gravedad de la privación, MARTÍNEZ MARTÍNEZ, (2004) pp. 139-226; recogiendo las opiniones actuales, en concreto pp. 147-148; v. hasta p. 154; asimismo en particular pp. 167-170; v. pp. 189, 196, 215-218, 222-223; en relación con el artículo 1483 CC y la importancia del gravamen, pp. 276-280; pp. 304, 309, entiende la autora que el concepto de evicción del CC incluye tanto un concepto material o cuantitativo como cualitativo de la pérdida.

derar que las resoluciones de la compraventa, antes mencionadas, vienen a tener igual, similar, o próximo ámbito, en lo que se refiere a la importancia del incumplimiento²¹.

[14] Entre quienes perciben un diferente alcance en la entidad del incumplimiento se ubican los siguientes autores:

a) Ortí Vallejo (en 2002) destaca, en relación con la Directiva 1999/44/CE, que exigir que el defecto sea de *no* escasa importancia no es igual que requerir que el mismo sea grave y que la amplitud de la resolución contractual de la Directiva supone un cambio importante en relación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual exige, cuando aplica las reglas generales del incumplimiento en la compraventa, que los defectos revistan gravedad. En este punto, además, la Directiva 1999/44 también rompe con la Convención de Viena²².

b) M. J. Marín López tiene dos trabajos en los que plantea la cuestión de la que trata, trabajos en los que las normas que compara son distintas.

b.1) El primero de ellos se publica en 2004. En este trabajo el autor compara la resolución de la Directiva 1999/44 y la resolución por incumplimiento esencial de la Convención de Viena (arts. 25 y 49.1) y de los PECL (art. 9:301). Afirma que las posibilidades de resolución son más amplias en la Directiva 1999/44, que en la Convención de Viena²³.

b.2) Tres años después (esto es, en 2007), M. J. Marín López publica el segundo trabajo. En éste compara la resolución del artículo 7 LG (art. 121 TR) con la resolución del artículo 1124 CC.

En relación con la resolución de la Ley de Garantías, el autor destaca el problema de concretar qué es la escasa importancia de la falta de conformidad. Señala que la entidad de la falta de conformi-

²¹ En sus consideraciones está presente la cuestión de la entidad de la falta de conformidad resolutoria, pero su enfoque difiere del que expongo en texto, las siguientes autoras. Según LÓPEZ HERNÁNDEZ [(2008) p. 54], el Texto Refundido no requiere que la falta de conformidad sea de cierta entidad y considerable para que el vendedor responda. Lo que a su entender modaliza la entidad de la falta de conformidad es el cuadro de los remedios de los que el consumidor dispone: si el defecto de conformidad es leve, están la reparación o la sustitución del bien, medidas conservadoras del contrato; siendo la falta de conformidad importante, al consumidor no se le priva de otras medidas como la rebaja del precio y la resolución del contrato. FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ [(2008) p. 607] destaca el carácter subsidiario de la resolución del artículo 121 TR por faltas de conformidad que no sean de escasa importancia y que no pueden ser solucionadas por otra vía, de acuerdo, señala, con la jurisprudencia que reserva la resolución del contrato al incumplimiento de las obligaciones esenciales; añade que la cuestión es concretar, en el caso, si la falta de conformidad es o no relevante a efectos de la resolución del contrato.

²² ORTÍ VALLEJO (2002) pp. 183-185.

²³ M. J. MARÍN LÓPEZ (2004) pp. 182-183; cita a Cristofaro (*supra* nota 8).

dad ha de medirse por criterios objetivos, por criterios de mercado. Pero que también pueden tomarse en cuenta criterios subjetivos, por lo que un defecto objetivamente leve puede ser relevante si frustra la finalidad que el comprador perseguía con la compra. Dicho lo anterior, de inmediato, M. J. Marín destaca la diferencia que media entre esta resolución de la Ley de Garantías y la resolución del artículo 1124 CC, pues en el caso de esta última la jurisprudencia exige que el incumplimiento sea grave²⁴.

Dando un paso más, este autor plantea, si puede haber casos en los que, aun siendo la falta de conformidad *de escasa importancia*, puede el consumidor resolver el contrato de compraventa. Indica que en principio la respuesta ha de ser negativa, por virtud del artículo 7 LG. No obstante, admite la existencia de excepciones a la regla, en las que el consumidor está legitimado para proceder a la resolución del contrato por faltas de conformidad de escasa importancia.

Conviene que antes de continuar con la exposición de la opinión de M. J. Marín López sobre la cuestión analizada, señale cómo entiende este autor, el modo en que opera la jerarquía de los remedios por la falta de conformidad del bien. El artículo 7 LG dispone que el consumidor puede acudir a la resolución o la reducción del precio «cuando no pudiere exigir la reparación o la sustitución». La «o» que media entre las dos modalidades del cumplimiento específico (remedios primarios) la interpreta M. J. Marín López en su significado disyuntivo. Esto es: basta con que una de dichas posibilidades de cumplimiento *in natura* no pueda exigirse, por la causa que fuere (por ser imposible, por ser desproporcionada), para que el consumidor pueda, según la Ley de Garantías de 2003, ejercitarse los remedios secundarios de la reducción del precio y de la resolución del contrato²⁵.

Indicado lo anterior, en la cuestión de si las faltas de conformidad de escasa importancia pueden permitir al consumidor resolver el contrato, M. J. Marín López afirma que ello es posible, si el vendedor repara o sustituye el bien, pero lo hace de manera infructuosa; o si se niega a reparar o a sustituir el bien desde el primer momento o no lo hace en un plazo razonable. En estos casos, el consumidor puede resolver, incluso siendo la falta de conformidad de escasa importancia. En cambio, el consumidor no puede resolver si uno de los dos remedios primarios (reparación, sustitución) es imposible o desproporcionado (con lo que, en su opinión, el consumidor podría en principio acudir a los remedios secundarios

²⁴ M. J. MARÍN LÓPEZ (2007) p. 1400.

²⁵ M. J. MARÍN LÓPEZ (2004) p. 361.

de la reducción del precio y de la resolución) y se trata de una falta de conformidad de escasa importancia²⁶.

c) Las consideraciones que Verda y Beamonte realiza en 2004, a propósito de la Directiva 1999/44, se sitúan en una visión distinta de la expuesta en las anteriores opiniones. En sus consideraciones está presente la cuestión de la gravedad o de la escasa importancia de la falta de conformidad.

Pensando en la subsidiariedad del remedio de la resolución frente a la reparación del bien o su sustitución (arts. 3.5, 3.3.I Directiva 1999/44), Verda y Beamonte destaca la importancia que tiene que el artículo 3.6 Directiva 1999/44 establezca que el consumidor no puede resolver el contrato, si la falta de conformidad es de escasa importancia. A su entender, la entidad del defecto es decisiva en la posibilidad de poder resolver o no la compraventa. Si el defecto es de escasa importancia, no cabe, en principio, la resolución; pero, si el defecto es de tal trascendencia que frustra el fin del contrato con insatisfacción del comprador, este, en aplicación del artículo 1124 CC, puede demandar la resolución sin necesidad de intentar primero que el bien sea puesto en conformidad al contrato. Añade, que si el defecto del bien no tiene, «*per se*», entidad suficiente como para provocar la inhabilidad total del bien para el uso para el que se compró, pero el vendedor no lo repara o sustituye por otro bien en un plazo razonable, sí cabe la resolución del contrato en el ámbito de la Directiva 1999/44²⁷.

d) Castilla Barea (en 2005) entiende a nivel puramente abstracto que son posibles dos interpretaciones sobre el significado de la escasa importancia del artículo 7 LG.

Una, que rechaza, consiste en considerar que «levedad» y «gravedad» son antónimos absolutos y los posibles defectos del bien han de encajar en una u otra categoría. Lo cual, según ella, conduce a entender que el artículo 7 LG exige para la resolución, que la falta de conformidad sea grave (interpretado *a contrario sensu*). La otra interpretación consiste en entender que entre lo «*leve*» y lo «*grave*» hay una serie de supuestos intermedios, los cuales no encajan en una u otra categoría. Si se defiende esta otra interpretación, la Ley de Garantías amplía el campo operativo de la resolución del contrato, en comparación con las normas que exigen el carácter esencial del incumplimiento esencial o la gravedad del defecto para ejercitar la resolución. En esta segunda interpretación, cabe la resolución de la compraventa, incluso si la falta de conformidad no

²⁶ M. J. MARÍN LÓPEZ (2007) pp. 1400-1401.

²⁷ VERDA Y BEAMONTE (2004) nota 206 p. 294.

puede estimarse estrictamente grave; el límite es la falta de conformidad de escasa importancia.

Castilla Barea es partidaria de la segunda interpretación porque asegura una mayor protección al consumidor y porque considera que dicha interpretación es más coherente con la intención del legislador de que ninguna falta de conformidad quede al margen de la protección legal. Finalmente indica, que de esta manera la resolución de la Ley de Garantías viene a diferenciarse de la tradicional acción redhibitoria (edilicia) del saneamiento, al tiempo que resulta un remedio más coherente con el principio de adopción de la medida proporcionada, pues, en general, un defecto de escasa entidad es susceptible de sanearse con menor coste mediante su reparación, o en último caso, está la reducción del precio²⁸.

e) Peña López (en 2008)²⁹ compara la resolución del artículo 121 TR con la resolución del artículo 1124 CC. Afirma que entre ambas resoluciones median diferencias en cuanto a los presupuestos de ejercicio, pero no en cuanto a sus efectos, los cuales coinciden³⁰.

Sobre los presupuestos, indica que la resolución del artículo 1124 CC no es subsidiaria de la de cumplimiento, lo que en cambio sucede con la resolución del artículo 121 TR, que opera tras la sustitución y la reparación³¹. Además, la resolución del artículo 1124 CC exige un incumplimiento grave, mientras que en el artículo 121 TR se establece que la falta de conformidad no ha de ser de escasa importancia. Considera que ambos preceptos exigen una entidad diferente del incumplimiento resolutorio, atendiendo a los antecedentes del artículo 121 TR. Afirma que el defecto de escasa importancia es la «violación leve e insustancial de la obligación de conformidad»; una falta de conformidad, que atendida la finalidad perseguida por el comprador y las características del bien, convierte en abusiva e injustificada la resolución. Cita las SSAP de Caste-llón 28.11.2005 y Zaragoza 14.2.2007³².

[15] Como apunté, otros autores trazan una conexión entre la falta de conformidad de la Ley de Garantías con el incumplimiento esencial de la Convención de Viena y el incumplimiento esencial de los Principios UNIDROIT; o aproximan la resolución del artícu-

²⁸ CASTILLA BAREA (2005) pp. 247-250.

²⁹ En la 2.ª edición de la obra *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la perspectiva del Consumidor*, BUSTO LAGO/ALVAREZ LÓPEZ/PEÑA LÓPEZ (2008), pp. 617-621. La 1.ª edición es de 2005.

³⁰ PEÑA LÓPEZ (2008) pp. 619 y 620.

³¹ PEÑA LÓPEZ (2008), p. 620; 1.ª ed. (2005), p. 412. RUBIO TORRANO también apunta esta diferencia entre la resolución del artículo 1124 CC y la del artículo 121 TR [2003] p. 1884].

³² PEÑA LÓPEZ (2008) p. 629; 1.ª ed. (2005) p. 413, sin cita de las sentencias.

lo 7 LG a la resolución del artículo 1124 CC. Las afirmaciones de estos otros autores tienen, a veces, un carácter incidental en su discurso.

a) Vérgez, en 2004, señala que la no procedencia de la resolución contractual cuando la falta de conformidad es de escasa importancia (art. 7 LG) es una medida que puede considerarse como aplicación del principio del moderno Derecho de la contratación, de que la resolución sólo cabe cuando el incumplimiento es esencial y que en el fondo, a quien beneficia es al empresario vendedor. En nota, cita los artículos 7.3.1 Principios UNIDROIT³³ y 49.1.a) CISG, que tratan del incumplimiento esencial.

Con tal afirmación, puede entenderse que la falta de conformidad de *no* escasa importancia es un supuesto de incumplimiento esencial que permite resolver el contrato. He de indicar, no obstante, que la cuestión estriba en concretar, cuándo el incumplimiento reúne la condición de esencial.

Además, la autora destaca, como cosa distinta de lo que antes afirmó, que el problema es determinar, en el concreto caso, si la falta de conformidad es o no de escasa importancia, pues lo que está claro es que la resolución tiene límites. Este límite de la resolución tiene, según la autora, especial importancia en la venta de bienes usados, en los que excluida la sustitución por la propia Ley de Garantías (actual TR) y siendo frecuentemente difícil y costosa la reparación, la rebaja del precio podrá resultar el remedio que haya de ser aplicado³⁴.

b) En la línea de la opinión que acabo de exponer, se manifiesta asimismo Avilés García en 2006. Señala, además, que *lege ferenda* hubiera sido interesante y oportuno que el legislador hubiere asumido la tarea de perfilar esta resolución con un mínimo de nitidez³⁵.

³³ Artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT: «(Derecho a resolver el contrato)/(1) Una parte puede resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial./ (2) Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si: (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;/ (b) la ejecución estricta de la prestación insatisfactoria era esencial según el contrato;/ (c) el incumplimiento fue intencional o temerario;/ (d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra parte cumplirá en un futuro;/ (e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento./ (3) En caso de demora, la parte perjudicada también puede resolver el contrato si la otra parte no cumple antes del vencimiento del período suplementario concedido a ella según el Artículo 7.1.5».

³⁴ VÉRGEZ (2004) p. 101.

³⁵ AVILÉS GARCÍA (2006) pp. 374-375; v. no obstante p. 317.

c) En 2004, Costas Rodal compara, incidentalmente, otros preceptos: el artículo 1124 y el artículo 7 LG. Señala que la elección entre la reducción del precio o la resolución del contrato está en manos del consumidor, excepto si la falta de conformidad es de escasa importancia. La norma de que en este último caso no puede el consumidor optar por la resolución está en conexión, apunta Costas, con la resolución del artículo 1124 CC que exige un incumplimiento de cierta gravedad con fundamento en el principio de conservación del contrato (art. 7 *in fine*). Destaca que la Ley de Garantías no delimita el concepto de «escasa importancia», debiendo decidirse en cada caso «en función de la disminución de utilidad del bien que produzca la falta de conformidad (criterio funcional)»³⁶.

Puede percibirse un cierto paralelismo entre la resolución del artículo 7 LG y la del artículo 1124 CC.

d) Finalmente, Martínez Velencoso (en 2007) compara la resolución de la Ley de Garantías (actual TR) con la resolución del artículo 1124 CC. Recuerda que, aunque el artículo 1124 CC no limita la resolución a los incumplimientos más graves, así lo ha interpretado la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Tras ello, destaca que existe cierto paralelismo entre esta resolución del artículo 1124 CC y la resolución de la Ley de Garantías (actual TR). Por fin señala, que las normas del saneamiento por vicios ocultos no establecen que el vicio sea de cierta entidad para aplicar la resolución del contrato³⁷.

3.3 LA GRAVEDAD DEL VICIO OCULTO DEL CC Y LA FALTA DE CONFORMIDAD DE NO ESCASA IMPORTANCIA DEL TEXTO REFUNDIDO

[16] Otros autores comparan el concepto de falta de conformidad de escasa importancia con la gravedad del vicio oculto. En esta línea se sitúan Represa Polo y Serrano Chamorro.

a) Para Represa Polo (en 2006), en una interpretación literal, la falta de conformidad de escasa importancia es una noción «más exigua» que la gravedad del vicio oculto. Indica –con apoyo en Peña López– que por falta de conformidad de escasa importancia ha de entenderse, aquélla que atendiendo al fin perseguido por el

³⁶ COSTAS RODAL (2004) p. 2070; v. también p. 2066.

³⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO (2007) p. 141.

comprador y las características del bien hace que la resolución sea medida abusiva e injustificada³⁸.

b) Serrano Chamorro (en 2006) encuentra cierto paralelismo entre el defecto no grave que no permite el saneamiento por vicios ocultos y la falta de conformidad de escasa importancia que no da derecho a la resolución.

Sobre la gravedad del vicio oculto, la autora destaca que el defecto ha de tener cierta importancia, pues un defecto de poca monta, insignificante, no tiene entidad para la redhibitoria; el defecto insignificante no puede tenerse en cuenta. Señala, además, que el tráfico no sería posible si las cosas hubieran de ser perfectas. Esta exigencia, nos sigue indicando Serrano, se plasma en la regla de que la resolución no procede cuando la falta de conformidad es de escasa importancia³⁹.

II. PRIMERA PARTE:

DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

1. LA FALTA DE CONFORMIDAD DE ESCASA IMPORTANCIA EN DOCUMENTACIÓN COMUNITARIA EN TORNO A LA DIRECTIVA 1999/44

[17] La expresión de falta de conformidad de escasa importancia del artículo 121 TR procede directamente de la Directiva 1999/44. Por ello es oportuno acudir al Derecho comunitario, con el intento de averiguar cual pueda ser el significado de esa expresión.

Conviene que recuerde, brevemente, como se articulan entre sí, en la Directiva 1999/44, los remedios del consumidor ante la entre-

³⁸ REPRESA POLO (2006) p. 168 [v. Peña López, *supra* [14] e)]; de esta autora v. también pp. 138, pp. 140-142; p. 163. REPRESA POLO asocia los remedios de la reducción del precio y de la resolución contractual con las acciones edilicias, denominando a aquéllos con la terminología tradicional: «(...); estas acciones [las del art. 7 LG; vigente art. 121 TR] básicamente son las tradicionales acciones edilicias, con las que se pretende solucionar la insatisfacción del comprador derivada de la falta de conformidad de los bienes./ La LGVBC, siguiendo el modelo diseñado en el artículo 3 de la Directiva, *condiciona el ejercicio de la acción estimatoria y la acción redhibitoria a la imposibilidad de corregir la falta de conformidad mediante las acciones principales previstas a tal fin. (...)* El texto de la ley no da lugar a discusión *en cuanto al carácter subsidiario de la acción estimatoria y la acción redhibitoria (art. 7 LGVBC), (...)*» [(2006) pp. 159-160; cursiva mía].

³⁹ SERRANO CHAMORRO (2006) p. 199. V. *infra* nota 190.

ga de una cosa no conforme con el contrato (arts. 3, 1 y 2 Directiva 1999/44⁴⁰).

En primer lugar, el consumidor puede exigir al vendedor, que le repare el bien o que se lo sustituya, salvo que ello sea imposible o desproporcionado (art. 3.3 Directiva 1999/44⁴¹). En el caso en el que el consumidor no pueda exigir ni la reparación, ni la sustitución del bien o si el vendedor no lleva a cabo el saneamiento del bien en plazo razonable o si no lo lleva a cabo sin mayores inconvenientes para el consumidor, el consumidor tiene derecho a la reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato (art. 3.5 Directiva 1999/44⁴²). Tras ello, el apartado 6 del artículo 3 de la Directiva 1999/44 precisa la norma que me interesa:

«El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia».

1.1 IDEAS PREVIAS

[18] Señalaré las que siguen:

a) La cuestión de en qué consiste la falta de conformidad de escasa importancia puede plantearse porque, como es sabido, la Directiva 1999/44 no define qué ha de entenderse por aquélla. La razón por la que la Directiva no lo explica, podría deberse, a que el legislador europeo haya considerado que la propia terminología evoca aquello que quiere indicarse. Esto es, que no hay la necesidad de la definición. No obstante, puede suceder que se deja a los Estados miembros la determinación de tal concepto.

Esta técnica del concepto indeterminado (la de la cláusula abierta) no es extraña en las Directivas de protección de los consumidores. Es una técnica que tiene sus ventajas, pero también sus

⁴⁰ Artículo 3 Directiva 1999/44: «1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien./ 2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6./ (...)» (continua en la siguiente nota).

⁴¹ Artículo 3 Directiva 1999/44: «(...)/ 3. En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado./ Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables teniendo en cuenta:/ – el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad,/ – la relevancia de la falta de conformidad, y/ – si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor./ Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor».

⁴² Transcrito *supra* nota 10.

inconvenientes, lo que se comprueba en nuestro caso. El TJCE desempeña un relevante papel en la concreción de estos conceptos indeterminados.

b) En cuanto a las fuentes que han podido inspirar la norma del artículo 3.6 de la Directiva 1999/44, he encontrado distintas opiniones.

Por ejemplo, Staudenmayer afirma que la norma se deriva de los Derechos escandinavos y, apoyándose en este autor, así lo señala Sivesand, a quien cité en la Introducción de este de este trabajo, y Baldus⁴³. En cambio, Cristofaro no descarta que los redactores comunitarios se hayan inspirado en la *Section 14 (2B) (c)* de la *Sale of Goods Acts* (inglesa) de 1979. En la *Section* citada, se enumera una serie de elementos relativos a la calidad de los bienes y entre ellos aparece que los bienes estén libres de defectos menores («*freedom from minor defects*»)⁴⁴.

[19] Por mi parte, creo que lo que al menos sí puede afirmarse, es que la Directiva 1999/44 refleja, con claridad, la no aplicabilidad del remedio de la resolución del contrato a toda posible falta de conformidad. La resolución no es un remedio de carácter absoluto. Tiene límites.

Otra idea que ha de tenerse presente es que la Directiva 1999/44 se ubica en la política de contribuir a alcanzar un alto nivel de protección del consumidor del Derecho comunitario. Una resolución del contrato, concebida con un alcance amplio, va en la citada línea de la alta protección.

⁴³ STAUDENMAYER (2000) p. 556; en nota, en la p. 547, se indica: «The author was the competent Commission official participating in the legislative procedure concerning this Directive. (...»]; SIVESAND (2005) pp. 144-145; BALDUS (2006) p. 1629; en nota 22, Baldus cita D. Staudenmayer, «EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsgrechts», en S. Grundmann/D. Medicus/W. Rolland (ed), *Europäisches Kaufgewährleistung. Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln et al, 2000, pp. 27-47 (esp. p. 39).

⁴⁴ CRISTOFARO (2000) nota 56, pp. 210-211. En el Dictamen del Parlamento Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo [DO C 104, 6.4.98], la enmienda 22 señalaba: «Artículo 2, apartado 2 ter (nuevo)/ 2 ter. A los efectos de la letra b) del apartado 2, para determinar si los bienes son aptos para los usos previstos, se examinarán, entre otros, los siguientes aspectos de la calidad de los bienes: aspecto y acabado, inexistencia de pequeños defectos, seguridad y durabilidad» (p. 35).

Situándose en otro plano, en el del Derecho interno, y empleando la cita a modo de comparación (no de inspiración de otra norma, que es lo que me interesa), L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala: «El artículo 1455 del CC italiano dice que el contrato no puede ser resuelto si el incumplimiento de una de las partes tiene *escasa importancia* tomando en consideración el interés de la otra parte. Entre nosotros, existe algo así como un eco de esta misma línea rectora en la Ley 23/03 de 10 de julio sobre Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, cuyo artículo 7 dice que la resolución no procede cuando la falta de conformidad sea de *escasa importancia* / (...)» [(2005) p. 55; v. también pp. 58-59]. Una exposición del Derecho italiano por CAPILLI (2007) pp. 1679-1728. Sobre la «*lieve entità*» de la falta de conformidad del artículo 130.10 del *Codice del Consumo* italiano, que responde al artículo 3.6 Directiva 1999/44: CALVO (2007) pp. 262-266.

Además, la resolución del contrato compraventa es, en la Directiva 1999/44, un remedio de segundo grado; esto es, puede operar tras el fallido intento de cumplimiento por parte del vendedor. A la hora de concretar la disponibilidad del remedio de la resolución, justificado en la falta de conformidad de no escasa importancia, no es lo mismo hacer la valoración después del fallido intento de cumplimiento por parte del vendedor, que hacerlo antes de que el mismo haya podido tener lugar. Si el juicio se hace después del intento de cumplimiento del contrato, es más comprensible ampliar la admisión del remedio de la resolución del contrato, aunque ello no tiene necesariamente que ser así.

En la tramitación de la Directiva 1999/44 se percibe que descubierta la falta de conformidad, el legislador comunitario ha procedido a una valoración ponderada de los intereses de vendedor y comprador. En la versión definitiva de la Directiva, primero se va a intentar salvar la eficacia del contrato, lo que claramente protege al vendedor, aunque al mismo tiempo se protege al consumidor en cuanto que puede conseguir aquello que contrató. Pero si el intento de cumplimiento no tiene éxito o no era posible hacerlo o causaba graves inconvenientes para el consumidor, entonces se abre para este último la posibilidad de la resolución del contrato. Lo que sucede es que diseñada así, sin más, esta segunda regla, de inmediato se percibe que la resolución podría resultar en ciertos casos un remedio desproporcionado para el vendedor. O, expresado desde una perspectiva tal vez más acomodada a nuestra tradicional formación jurídica: la regla de la posibilidad de resolver el contrato en todo posible caso no parece ajustarse plenamente con el principio de la buena fe objetiva. De ahí que el artículo 3.6 de la Directiva señale la no procedencia de la resolución por faltas de conformidad de escasa importancia.

En conclusión, siendo cierto que en la Directiva 1999/44 no se define que es falta de conformidad de escasa importancia, sí puede interpretarse que en el uso de esta expresión se manifiesta una tendencia a facilitar la resolución de la compraventa en beneficio del consumidor. Por otro lado, a los redactores de la Directiva no les ha preocupado aclarar la relación que puede mediar entre la resolución del artículo 3.6 Directiva 1999/44 y la resolución de la CISG. Esto es algo que ha sido abierto por los autores.

[20] La lectura de la documentación comunitaria a la que me refiero en el siguiente epígrafe es la que me ha sugerido las consideraciones que acabo de realizar.

1.2 DOCUMENTOS COMUNITARIOS RELATIVOS A LA DIRECTIVA 1999/44

[21] La documentación consultada, sobre la cual haré mis consideraciones, es la siguiente:

a) En el *Libro verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa* de 15 de noviembre de 1993⁴⁵, en la hipótesis de trabajo propuesta por la Comisión para los remedios del consumidor, se constata que se intenta conseguir un equilibrio entre la salvaguarda de la protección del consumidor y la no imposición para el vendedor de buena fe de una carga excesiva⁴⁶.

El primer acercamiento a los remedios del consumidor es *su disponibilidad alternativa, de libre opción por el consumidor*. Los remedios son: 1) la «anulación del contrato» (resolución); 2) el «reembolso de parte del precio pagado» (reducción del precio); 3) la sustitución del producto defectuoso por otro (tratándose de bienes fungibles); y 4) la reparación del producto⁴⁷.

Hecha la elección por el consumidor, de inmediato aparecen y se tienen en cuenta los intereses del vendedor. Esto se plasma en que el vendedor puede oponerse al remedio elegido por el consumidor. Aquí, la hipótesis de trabajo se percibe muy detallista y tal vez pueda decirse que en cierto modo no está del todo articulada. Algo lógico en esta inicial etapa. Así: 1) a la «anulación del contrato», el vendedor puede oponer la sustitución o la reparación del producto; 2) a la reducción del precio, puede oponer uno de los otros tres remedios; 3) a la sustitución, oponer la «anulación del contrato» o la reparación del producto, pero sólo si la reparación se efectúa inmediatamente o, en la anulación, si la sustitución es imposible o no es posible de inmediato y el consumidor no acepta la duración necesaria para hacer la reparación; y 4) a la reparación,

⁴⁵ COM (93) 509 final, 15.11.1993.

⁴⁶ Libro Verde: «Los efectos tradicionales de la garantía legal son el derecho del comprador a anular el contrato o a obtener una reducción del precio [para el Derecho español, piénsese en el saneamiento por vicios ocultos, añado]. En las modernas relaciones de consumo, estos medios son a la vez demasiado rígidos y demasiado insuficientes. A menudo corre el peligro de no satisfacer ni al consumidor ni al vendedor. Por ello, ciertos sistemas jurídicos se han decidido por fin a introducir, de uno u otro modo, en el marco de la garantía legal, los medios tradicionales de la garantía comercial, a saber, la sustitución o la reparación del bien [para el Derecho español, recuérdese la derogada garantía del artículo 11, 2 y 3, LGDCU, añado]. Cuando sea posible, debería preferirse la sustitución o la reparación frente a las otras posibles soluciones y esto significaría el contrapunto de una visión más amplia del concepto de «defecto». Se trata de esta manera de salvaguardar la protección del consumidor, sin imponer al vendedor de buena fe una carga excesiva» [COM (93) 509 final, 15.11.1993, p. 92].

⁴⁷ COM (93) 509 final, 15.11.1993, p. 92.

oponer la sustitución en el mismo plazo, o la «anulación del contrato» si ni la reparación ni la sustitución son posibles⁴⁸.

En el Libro Verde se hacen unas consideraciones específicas sobre lo que se denominan «defectos menores». Sobre estos «defectos menores» se indica: que «el profesional podría imponer al consumidor una segunda solución consistente en una reducción del precio salvo si el consumidor prueba que el defecto tiene para él una importancia fundamental»⁴⁹.

No se impone al consumidor la obligación de soportar más de una tentativa de reparación o una única sustitución del producto y, si el producto sigue defectuoso tras una de esas tentativas, el consumidor puede «anular el contrato»⁵⁰.

Por último, si el vendedor es de mala fe, en el Libro Verde se precisa que dicho vendedor no puede oponerse al remedio que haya elegido el consumidor; este tiene un derecho absoluto a imponer al vendedor el remedio elegido. Esto sin perjuicio de las disposiciones nacionales pertinentes, fundamentalmente las relativas al dolo o fraude. La carga de la prueba de la mala fe del profesional corresponde al comprador⁵¹.

b) En la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 1996*⁵², el artículo 3.4 establece que el consumidor dispone, con carácter alternativo, de los remedios de la reparación, la sustitución, la reducción del precio y la «rescisión» (resolución) del contrato.

Se impone un límite a los remedios de la sustitución y de la rescisión (resolución), consistente en que su ejercicio se limita al plazo de un año.

Además, los Estados miembros pueden limitar los anteriores remedios para las faltas de conformidad «leves»⁵³.

⁴⁸ COM (93) 509 final, 15.11.1993, p. 92.

⁴⁹ COM (93) 509 final, 15.11.1993, p. 92.

⁵⁰ COM (93) 509 final, p. 93.

⁵¹ COM (93) 509 final, p. 93.

⁵² DOCE C 307, 16.10.1996.

⁵³ Artículo 3.4 de la *Propuesta*: «Cuando se ponga en conocimiento del vendedor la falta de conformidad, con arreglo al artículo 4, el consumidor podrá pedir a éste la reparación gratuita del bien en un plazo razonable, o la sustitución de dicho bien, siempre que sea posible, o una reducción adecuada del precio, o bien la rescisión del contrato. El ejercicio del derecho a la rescisión o a la sustitución estará limitado a un año./ Los Estados miembros podrán prever que, en caso de faltas de conformidad leves, se limite la gama de derechos mencionados en el párrafo primero».

En los Considerandos de la *Propuesta* se lee: «Considerando que, en caso de que el producto no sea conforme al contrato, es conveniente otorgar al consumidor el derecho a pedir la reparación o la sustitución del bien, o, en concepto de indemnización, una reducción del precio pagado por él, o la rescisión del contrato de venta; que, no obstante, es preciso limitar en el tiempo el ejercicio de estos derechos y fijar los plazos en que estos podrán ejercerse ante el vendedor;».

c) En el *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo* de 27 de noviembre de 1996⁵⁴, el Comité se muestra favorable a que el consumidor, del modo más rápido y eficaz posible, pueda ejercer su derecho a una prestación conforme al contrato. De ahí que parezca oportuno conceder al consumidor la posibilidad *de optar* entre distintos remedios, si bien –matiza el Comité– en la medida en que sean económicamente aceptables desde la perspectiva del comerciante⁵⁵.

Sobre el remedio de la «rescisión» (resolución), el Comité reconoce que su posible ejercicio directo, inmediato, al comprobarse defectos nimios, puede en casos particulares ser una carga injustificable para el comerciante. Ahora bien, de la lectura del documento puede extraerse la conclusión, de que la preocupación fundamental del Comité es la de la seguridad jurídica: dado que en la Propuesta de Directiva de 1996 *se permite a los Estados miembros que puedan excluir ciertos remedios para las faltas de conformidad leves, como el de la «rescisión»*, ello puede dar lugar a una nueva inseguridad jurídica. Para evitarlo, el Comité recomienda, que en la propia Directiva se aclare la cuestión de la admisibilidad de cualquier remedio ante faltas de conformidad leves⁵⁶.

d) En contraste con la Propuesta de 1996, en la que los remedios del consumidor son alternativos, en la *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo* de 1 de abril de 1998⁵⁷ se comienza a perfilar la jerarquía entre los remedios del consumidor derivados de la falta de conformidad del bien.

El artículo 3.4 de la *Propuesta modificada de 1998* señala que, comunicada al vendedor la falta de conformidad, aquél ha de ofrecer sin demora la reparación gratuita o la sustitución del bien. Es el consumidor quien puede elegir entre esas dos opciones, salvo que teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los intereses del

⁵⁴ DOCE C 66, 3.3.1997.

⁵⁵ Dictamen del CES, núm. 3.13.

⁵⁶ Dictamen del CES, núm. 3.14. De interés, además: «3.16. La propuesta de Directiva no incluye ningún tipo de comentarios sobre cuál deba ser la solución para el caso en que un derecho ejercido por el consumidor no surta efecto. Esto reviste especial importancia cuando el consumidor reivindica en un primer momento su derecho a reparación, pero el vendedor no cumple su compromiso. En estos casos se debe otorgar al consumidor, después de que haya reclamado en vano la reparación, el derecho a poder rescindir el contrato de compraventa, aun cuando haya transcurrido un año a partir del momento de la entrega./ 3.17. Incluso en el caso de intento fallido de reparación por parte del productor, debe concederse al consumidor el derecho a exigir la rescisión del contrato independientemente de que haya expirado el plazo previsto al final del primer párrafo del apartado 4 del artículo 3» (Dictamen CES).

⁵⁷ DOCE C 148, 14.5.1998.

vendedor sea adecuada económicamente una concreta reclamación y ello sea razonable para el consumidor. Se aclara, no obstante, que el consumidor no ha de aceptar la oferta de reparación, si la misma conlleva una disminución del valor del bien; en tal caso, el consumidor puede exigir una indemnización.

Si no es posible ni la reparación, ni la sustitución del bien o si intentada la reparación, no se logra subsanar la deficiencia, el consumidor puede exigir la reducción adecuada del precio o la «rescisión» del contrato. En relación con esta «rescisión» nada se precisa. Esto es, nada se indica a propósito de las posibles faltas de conformidad «leves» a las que aludía la Propuesta de Directiva de 1996⁵⁸.

e) En la *Posición Común aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998 con vistas a la adopción de la Directiva 98/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*⁵⁹, reaparece la cuestión de la resolución y de las faltas de conformidad de escasa importancia. El sistema de remedios que se diseña en la Posición Común es como sigue.

Según el artículo 3.3, el consumidor puede exigir la reparación del bien o su sustitución, salvo que ello sea imposible o desproporcionado. Y, si el consumidor no puede exigir ni la reparación, ni la sustitución, o el vendedor no dio satisfacción al consumidor en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, este último tiene derecho a la reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato (art. 3.4).

⁵⁸ Artículo 3.4 de la *Propuesta Modificada*: «Cuando se ponga en conocimiento del vendedor la falta de conformidad, el vendedor deberá ofrecer, sin demora inadecuada, una reparación gratuita o una sustitución. El consumidor tendrá derecho a optar entre estas dos reclamaciones, salvo si, teniendo en cuenta la particularidad del caso, sólo es económicamente adecuada considerando los intereses del vendedor y parece razonable para el consumidor una reclamación determinada. El consumidor no tendrá que aceptar una oferta de reparación si esto implicara una disminución del valor del bien de que se trate; en este caso, el consumidor podrá elegir una indemnización./ Si ninguna de las dos alternativas es posible o si tras el intento de reparación no se subsana la deficiencia contractual, el consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o bien a la rescisión del contrato».

En el *Dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo*, la enmienda 45 disponía: «Artículo 3, apartado 4/4. Cuando se ponga en conocimiento del vendedor la falta de conformidad, el vendedor deberá ofrecer, sin demora irrazonable, una reparación gratuita o una sustitución. El consumidor tendrá derecho a optar entre estas dos posibilidades, salvo si, debido a la naturaleza del caso, sólo una posibilidad fuera económicamente [sic] adecuada para los intereses [sic] del vendedor y razonable para el consumidor. El consumidor no tendrá que aceptar una oferta de reparación si esto implicara una disminución del valor del bien de que se trate; en este caso, el consumidor podrá exigir una sustitución./ Si ninguna de las dos alternativas es posible o si tras el intento de reparación no se subsana la deficiencia contractual, el consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o bien a la rescisión del contrato» [DOCE C 104, 6.4.98, p. 36].

⁵⁹ DOCE C 333, 30.10.98.

En relación con la resolución se precisa: «*El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia*» (art. 3.5).

El Consejo justifica la adopción de este límite al ejercicio de la resolución por parte del comprador *en la idea de la proporcionalidad y pensando en el vendedor*. Conviene que reproduzca la justificación del Consejo, que hace en su Exposición de Motivos:

«Artículo 3/ (...)»

En cuanto a la jerarquía de los derechos del consumidor, el Consejo ha recogido en gran medida en el *apartado 3* las ideas del Parlamento Europeo, pero con las diferencias o matices que se indican a continuación.

A juicio del Consejo, el criterio de proporcionalidad, que se explica con más detalle en el décimo considerando, resulta más apropiado, en vista de las legislaciones nacionales vigentes, que el de reclamación «económicamente adecuada». *En aras de esa proporcionalidad, se ha excluido la posibilidad de resolver el contrato cuando la falta de conformidad es de escasa importancia.* (...). En el decimotercer considerando se aclara que los Estados miembros conservan también la facultad de adoptar normas sobre restituciones al consumidor que haya utilizado los bienes y sobre las modalidades de resolución de los contratos» (la cursiva de este párrafo es mía).⁶⁰

f) El siguiente hito relevante es la propia Directiva 1999/44, antes expuesta, y a allí me remito (*supra* [17]).

g) Finalmente, dando un importante salto en el tiempo, voy a detenerme brevemente en un documento de 2007: la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la aplicación de 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, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor*⁶¹.

⁶⁰ DOCE C 333, 30.10.98, p. 53. El décimo considerando de esta Posición Común del Consejo: «(10) Considerando que el consumidor podrá en primer lugar exigir al vendedor la reparación o la sustitución del bien salvo si ello resulta imposible o desproporcionado; que deberá determinarse de forma objetiva si esta solución es desproporcionada o no; que una solución es desproporcionada cuando impone gastos que no son razonables en comparación con otras soluciones; que para determinar si los gastos no son razonables, los correspondientes a una solución deben ser considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra» [DOCE C 333, 30.10.98, p. 47].

⁶¹ COM (2007) 210 final, 24.4.2007. V. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la aplicación de 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, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor» COM (2007) 210 final [DOEU C/31 ss., 25.6.2008].

En este informe sobre cómo los Estados miembros han incorporado la Directiva 1999/444, a propósito de las faltas de conformidad de escasa importancia, se lee:

«Con arreglo al artículo 3, apartado 6, el consumidor no tiene derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia. Sólo la República Checa, Estonia, Portugal y el Reino Unido han hecho uso de la cláusula mínima de armonización y *han optado por permitir que el consumidor resuelva el contrato incluso en casos menores*»⁶² (cursiva mía)⁶³.

Recordaré, que al Comité Económico y Social le preocupaba, en su dictamen sobre la Propuesta de Directiva de 1996 (*supra* letra c) [21]), la inseguridad jurídica que podía representar *que unos Estados excluyeran* ciertos remedios para las faltas de conformidad «leves» y *otros no*. De ahí que recomendase que en la propia Directiva se hiciera un expreso pronunciamiento al respecto. Lo que finalmente se hizo en el artículo 3.6 de la Directiva 1999/44. Pero la condición de directiva de mínimos de la Directiva 1999/44 (art. 8.2; técnica objeto de crítica) ha permitido la disparidad de las legislaciones internas⁶⁴.

La diferente implementación hecha por los Estados miembros puede ponernos en la pista de que, tratándose de consumidores, parece que hay una preferencia o una tendencia, en la compraventa, a ampliar el remedio de la resolución.

1.3 OTROS DOCUMENTOS SIGNIFICATIVOS

[22] Voy a referirme, como punto final de la exposición del Derecho comunitario, a los siguientes tres documentos.

A) El Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo de 2006

⁶² COM (2007) 210 final, 24.4.2007; núm. 4, p. 8. V, núm. 12 Conclusiones en p. 11.

⁶³ Información sobre la Directiva 1999/44 y su implementación por los Estados miembros, SCHULTE-NÖLKE/TWIGG-FLESNER/EBERS (Eds.) (2008).

⁶⁴ En el apartado 12 Conclusiones de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva 1999/44 se indica: «La transposición de la Directiva [1999/44] en los Estados miembros plantea una serie de problemas, imputables muchos de ellos a lagunas reglamentarias en la Directiva, mientras que otros pueden considerarse, ya en esta fase, resultado de una transposición incorrecta de la Directiva. Los controles de las medidas de transposición han puesto de manifiesto profundas divergencias entre las legislaciones nacionales como consecuencia del uso de la cláusula mínima y de las diferentes opciones reguladoras establecidas por la Directiva. En la actualidad, no está claro en qué medida estas divergencias afectan al buen funcionamiento del mercado interior y a la confianza de los consumidores. Es de esperar que los resultados de la consulta que se lleva a cabo en el marco del Libro Verde [se refiere al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo] ayuden a decidir si procede o no la revisión de la Directiva» [COM (2007) 210 final, 24.4.2007].

[23] En las preguntas que sobre la Directiva 1999/44/CE se plantean en este Libro Verde⁶⁵, no hay una que trate directamente de la falta de conformidad de escasa importancia. Sin embargo, ésta está presente, implícitamente, cuando en dicho Libro se plantea, si ha de modificarse el sistema jerarquizado de los remedios del consumidor de la Directiva 1999/44.

Y así, se lee en el documento comunitario, que en el posible instrumento horizontal en la protección de los consumidores⁶⁶, cabe que el consumidor *pueda libremente elegir* entre los remedios en caso de cumplimiento defectuoso; pero, a fin de limitar la carga económica para el profesional, la resolución del contrato sólo podría disponerse en el caso de incumplimientos *tan serios como para que den al consumidor un fundamento razonable para rehusar el correcto cumplimiento*. Adviértase el cambio de terminología y sus posibles implicaciones.

Asimismo en el Libro Verde se indica otra posible alternativa dentro del mencionado instrumento horizontal, que consistiría en establecer una secuencia en los remedios del consumidor, si bien con ciertos cambios en comparación con la Directiva 1999/44. Por ejemplo, que los remedios de *la reducción del precio*, de la reparación del bien o de su sustitución por otro bien conforme con el contrato, estén a un mismo nivel de inmediato posible ejercicio y, al mismo tiempo, modificar las condiciones en las que el consumidor puede acudir al remedio secundario de la resolución del contrato (esto es, en el caso de defectos recurrentes)⁶⁷.

Tras ello, la pregunta K1 del Libro Verde se formula así:

«¿Debería tener el consumidor libertad para elegir cualquiera de las soluciones disponibles?

Opción 1: Status quo: Los consumidores estarían obligados a solicitar en primer lugar la reparación/sustitución y sólo podrían pedir la reducción del precio o la rescisión del contrato cuando las demás soluciones no fueran posibles.

Opción 2: Los consumidores podrían elegir desde el principio cualquiera de las soluciones disponibles. No obstante, la rescisión del contrato sólo sería posible en condiciones específicas.

⁶⁵ COM (2006) 744 final, 8.2.2007.

⁶⁶ En la revisión del acervo en materia de consumo, se manejan las nociones de enfoque vertical y horizontal. En el enfoque vertical, se trata de la revisión de cada una de las Directivas. En el horizontal, hay una directiva marco sobre la materia. En el Libro Verde sobre la revisión del acervo comunitario se ofrecen unas opciones para la revisión de dicho acervo en las que se combinan los enfoques expuestos, así como la ausencia de acción legislativa (v. núm. 4).

⁶⁷ COM (2006) 744 final, 8.2.2007.

Opción 3: Los consumidores estarían obligados a solicitar en primer lugar la reparación, la sustitución o la reducción del precio y sólo podrían pedir la rescisión del contrato cuando las soluciones mencionadas no fueran posibles» (negra y cursiva del original)⁶⁸.»

- B) La respuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo (Instituto Nacional de Consumo) al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo de 2006

[24] En su respuesta de 18 de junio de 2007, el Ministerio se manifiesta partidario de la *Opción 1*: El mantenimiento del *Status quo*.

El Ministerio señala que el derecho del consumidor se concreta en obtener el bien que adquirió. De ahí, que tras el intento de cumplimiento del contrato sin haberse logrado la conformidad del bien con el contrato, el consumidor tenga derecho a resolver la compra-venta, *salvo en los casos muy excepcionales y limitados de las faltas de conformidad de escasa importancia*. Dicho de otro modo, el Ministerio considera adecuado que el consumidor disponga, con gran amplitud, de la posibilidad de poder resolver el contrato («debe poder optar libremente por la resolución»). El límite de la resolución es la mencionada escasa importancia de la falta de conformidad (además de ser un remedio que opera en segundo lugar).

Por otro lado, la carga de la prueba de la escasa importancia de la falta de conformidad corresponde al profesional, si quiere evitar la resolución.⁶⁹

- C) La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 2008

[25] Más allá de aquello que me interesa, lo primero que he de resaltar de esta Propuesta de Directiva de 2008⁷⁰ es que acoge el modelo de la armonización plena. Algo que era previsible. El artículo 4 de la Propuesta establece:

«Armonización plena

Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas.

⁶⁸ COM (2006) 744 final, 8.2.2007; núm. 5.7.2, p. 31.

⁶⁹ Respuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo de España a la consulta del Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo (de 18.06.07) a la pregunta K1 (p. 50).

⁷⁰ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores de 8.10.2008, COM (2008) 614 final.

tas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores.»

[26] Esta Propuesta de Directiva de 2008 (así citada en adelante) exige que la falta de conformidad no sea de escasa importancia para poder resolver el contrato. Hay cambios en la articulación de los remedios del consumidor. Asimismo, la redacción, en aquello que me interesa, no es todo lo clara que sería de desear. Por ejemplo, la palabra subsanación se emplea con un doble significado. En ocasiones, sólo hace referencia a la reparación o la sustitución; en otras, se refiere a *todos* los derechos del consumidor.

[27] El artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008 es el precepto que contiene los derechos del consumidor y cómo se estructuran. Estos derechos son la subsanación (reparación o sustitución), la rebaja del precio y la resolución del contrato (*apartado 1*). A diferencia de lo que está previsto en la Directiva 1999/44, en la Propuesta de Directiva de 2008 es el comerciante quien puede elegir entre la reparación o la sustitución (*apartado 2*). Si el comerciante prueba que la reparación o la sustitución es ilícita o imposible o le supone un esfuerzo desproporcionado, el consumidor puede optar entre la rebaja del precio o la resolución del contrato, pero esta última sólo si la falta de conformidad es de *no escasa importancia* (*apartado 3*). Para concretar el esfuerzo desproporcionado, se contrastan los costes de la subsanación con los de los remedios de la reducción del precio y de la resolución.

Además, el consumidor dispone de los remedios que señala el apartado 1 del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008 (cumplimiento, resolución y reducción del precio) en los casos en que el comerciante se niega implícita o explícitamente a subsanar la falta de conformidad; si no subsana la falta de conformidad en plazo razonable; si intenta subsanarla, causando inconvenientes significativos al consumidor; y finalmente, si el mismo defecto reaparece más de una vez en poco tiempo [*apartado 4, letras a), b), c) y d)*].

Por su interés, transcribo el artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008:

«Subsanación de la falta de conformidad

1. Con arreglo a lo dispuesto en los apartados 2 a 5, si los bienes no se ajustan a lo dispuesto en el contrato, el consumidor tendrá derecho a:

a) la subsanación de la falta de conformidad mediante reparación o sustitución,

- b) una rebaja del precio;
- c) a resolución del contrato.

2. El comerciante subsanará la falta de conformidad mediante una reparación o sustitución, a su elección.

3. Si el comerciante demuestra que la subsanación de la falta de conformidad mediante reparación o sustitución es ilícita o imposible, o le supone un esfuerzo desproporcionado, el consumidor podrá optar por una rebaja en el precio o por la resolución del contrato. El esfuerzo de un comerciante es desproporcionado si le impone costes excesivos en comparación con una rebaja del precio o con la resolución del contrato, teniendo en cuenta el valor de los bienes en ausencia de falta de conformidad y la importancia de la falta de conformidad.

El consumidor sólo tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad no es de escasa importancia.

4. El consumidor podrá recurrir a cualquier medio de subsanación disponible en virtud del apartado 1, si se da una de las circunstancias siguientes:

- a) El comerciante se ha negado de forma implícita o explícita a subsanar la falta de conformidad;
- b) el comerciante no ha subsanado la falta de conformidad en un plazo razonable;
- c) el comerciante ha intentado subsanar la falta de conformidad, causando inconvenientes significativos al consumidor;
- d) ha reaparecido el mismo defecto más de una vez en poco tiempo.

5. Los inconvenientes significativos para el consumidor y el plazo razonable que el comerciante necesita para subsanar la falta de conformidad se evaluarán teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o el uso para el que el consumidor los adquirió con arreglo al artículo 24, apartado 2, letra b)⁷¹» (cursiva mía).

[28] Del anterior texto y de otros datos he de destacar:

a) Del tenor literal del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008 puede desprenderse la idea de la jerarquía en los remedios del consumidor, que tal vez está expresada más directamente en el Preámbulo de la Propuesta de Directiva de 2008 (núm. 40⁷²).

⁷¹ Artículo 24.2.b) de la Propuesta de Directiva de 2008: «*Conformidad con el contrato./ (...).2. (...)/ b)* son aptos para el uso específico requerido por el consumidor que éste ha puesto en conocimiento del comerciante en el momento de celebrar el contrato y que el comerciante ha aceptado;».

⁷² Núm. (40) de la Propuesta de Directiva de 2008: «Si los bienes no son conformes con el contrato, el consumidor debe poder, en primer lugar, exigir al comerciante que opte por repararlos o sustituirlos, a menos que el comerciante demuestre que ello es ilícito, imposible o le supone un esfuerzo desproporcionado. El esfuerzo del comerciante debe determinarse objetivamente, teniendo en cuenta los costes soportados para subsanar la falta de conformidad, el valor de los bienes y la importancia de dicha falta de conformidad. La falta de piezas de recambio no debe ser un motivo válido para justificar que el comer-

En cualquier caso, interesa destacar que en la Propuesta de Directiva de 2008 no aparece la expresión, con la cual comienza el artículo 3.3 de la Directiva 1999/44 de: «[e]n primer lugar, (...».

b) En la Directiva 1999/44 parece estar presente la idea de que el consumidor sólo puede exigir el cumplimiento una sola vez; pues parece desprenderse de ella, que el consumidor puede optar entre la reparación del bien o su sustitución, pero si no ha tenido éxito el cumplimiento, dispone de los remedios de la reducción del precio o la resolución de la compraventa (cfr. arts. 3.3 y 3.5 Directiva 1999/44)⁷³. Y esto es lo que puede hacer pensar que no vuelve a disponer del remedio del cumplimiento.

Frente a lo anterior, en el *apartado 4* del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008 se deja claro que el consumidor sigue disponiendo de la posibilidad de exigir el cumplimiento, aunque lo haya solicitado antes y no haya tenido éxito. Hay una excepción lógica, indicada en el *apartado 3* del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008: cuando el cumplimiento (subsanación en terminología de la Propuesta) no pueda tener lugar porque es ilegal o imposible o impondría un esfuerzo desproporcionado para el comerciante. En estos casos, el consumidor puede optar entre la rebaja del precio o la resolución del contrato, pues en ellos no ha lugar al cumplimiento.

c) A diferencia de la Directiva 1999/44, que señala cuándo no procede la resolución de la compraventa (redacción en sentido negativo), en la Propuesta de Directiva de 2008 la regla se formula de manera positiva. El artículo 26.3.II de la Propuesta de Directiva de 2008 indica que cabe la resolución si la falta de conformidad es de no escasa importancia.

Entre ambos textos media otra diferencia. En la Directiva 1999/44, la regla de que la resolución no procede si la falta de conformidad es de escasa importancia se ubica en un apartado propio e independiente (en el art. 3.6). Esto implica, que, en todo caso en el que el consumidor tenga la posibilidad de ejercitar la resolución del contrato, ha de contarse con el límite de la falta de conformidad de escasa importancia.

En la Propuesta de Directiva de 2008, la regla de que sólo procede la resolución si la falta de conformidad no es de escasa importan-

ciante no subsane la falta de conformidad en un plazo razonable o sin esfuerzo desproporcionado».

⁷³ Pero en el Texto Refundido, si el consumidor opta por la reparación y la misma es insatisfactoria u, opta por la sustitución y también ésta es insatisfactoria, dicho consumidor puede optar, en este segundo nivel de los remedios secundarios, entre la posibilidad de cumplimiento no elegida, la reducción del precio y la resolución del contrato; cfr. artículo 120, *d*) y *f*), TR.

tancia, se ubica en el *apartado 3* del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008, referido sólo a los casos en que no cabe el cumplimiento por ser ello ilícito, imposible o desproporcionado. Esto provoca la siguiente duda. En los casos en que es posible el cumplimiento y este fracasa (esto es, los del *apartado 4* del artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008): ¿se aplica la regla de que la resolución exige que la falta de conformidad sea de no escasa importancia? Creo que lo razonable es la respuesta afirmativa.

[29] Estas indicaciones sobre la Propuesta de Directiva de 2008 son una primera impresión. No debemos olvidar que estamos ante un texto provisional, que puede sufrir cambios en la tramitación que le resta. Es deseable que en esa tramitación el texto adquiera una calidad técnica que en el momento actual no tiene. Pues la técnica de la armonización plena exige de las Autoridades comunitarias que sean más precisas en cuanto al significado de las expresiones que utilicen. Y, el significado de la falta de conformidad de no escasa importancia no se nos precisa.

2. Los *principles of european law sales* y los *principles of european contract LAW*

[30] Analizo los dos textos citados por las razones que a continuación doy.

[31] El análisis de los *Principles of European Law Sales*⁷⁴ (PEL S en adelante) se debe a que regulan especialmente la compraventa y tratan de la cuestión que a mi me interesa. En la redacción de los PEL S se ha tenido en cuenta la Directiva 1999/44, algo previsible, y por supuesto a la Convención de Viena⁷⁵.

⁷⁴ Todas las referencias a los PEL S, en las notas que siguen, son de esta obra: *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, Sales (PEL S)*, prepared by HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, (2008). Traduce al español los PEL S, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI. De interés: JELOSCHEK, *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law, How far should we go in protecting the consumer?* (2006); SIVESAND (2005) [citado *supra* nota 3; v. también nota 4]; v. también HEUTGER/JELOSCHEK, «Towards Principles of European Sales Law», *Towards a European Civil Code* (2004), 3.^a ed., pp. 533-550, en particular desde la p. 543.

⁷⁵ «*7 Influence on the Sales Principles*. These Principles aim to meet the needs of international or national commerce alike. The CISG served as the starting point for drafting specific rules on sales because of its wide acceptance and its influence on various national sales laws and the Consumer Sales Directive itself. Deviations from the CISG were found to be necessary insofar as a given rule posed problems in the non-commercial context and there are lacunas in CISG. Moreover, the solutions in the CISG were not always followed, because of the fact that the Sales Principles are designed to operate within the framework of the general contract law as promulgated by the Principles of European Contract Law (...). Besides, the Consumer Sales Directive constitutes the minimum standard of protection for consumer contracts; in other words, the choices made in Directive were accepted as compelling for consumer sales law at least. *In sum, the Sales Principles attempt to create a truly uniform sales law, bridging the differentiation into different settings, different*

De los PEL S es destacable el distinto tratamiento que dan a la resolución en función de si la compraventa es o no de consumo (art. 1:202, *Definition of consumer sales*⁷⁶). Según el artículo 4:206 PEL S (*Termination*), como regla general, el *comprador* puede resolver el contrato si la falta de conformidad es *esencial*; si se trata de un consumidor, este puede resolver, *salvo que la falta de conformidad sea menor*⁷⁷.

[32] El estudio de los *Principles of European Contract Law* (PECL en adelante) se debe a que no es posible analizar los PEL S sin los PECL. Pues los PEL S conciben a los PECL como su parte general. Esto no impide que los PEL S modifiquen, en ocasiones y de manera expresa, las reglas de los PECL⁷⁸. Los artículos que a continuación cito son una muestra de lo dicho, los cuales he seleccionado a partir de una menor o mayor conexión con el objeto de mi trabajo. Y así:

a) El art. 1:201 PEL S (*Relationship with the Principles or European Contract Law*) establece que los PECL se aplican a cualquier contrato dentro del campo de aplicación de los PEL S⁷⁹, salvo que otra cosa se disponga⁸⁰.

parties to the contract, and different object of sales. To that end, a balance is struck between the two poles of the sales spectrum, CISG and Consumer Sales Directive» (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, *General Introduction* p. 104, cursiva mía). Los PEL S van acompañados de unas notas caracterizadoras de los modelos de algunos países: *General Introduction*, H Member Stated investigated, I, p. 106.

⁷⁶ Art. 1:202 PEL S: «Definition of consumer sale/ For the purpose of these Principles, a consumer sale is a contract under which a natural or legal person who is acting to any extent for purposes related to that person's trade, business or profession (the professional) sells goods to a natural person who is acting primarily for purposes which are not related to that person's trade, business or profession (the consumer)». Los PEL S se decantan por una descripción negativa de consumidor (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 1:202 Comment C p. 145; v. pp. 145-147; ventas de consumo y particularidades en los PEL S, Comment E p. 148).

⁷⁷ Art. 4:206 PEL S: «Termination/ (1) The buyer may terminate the contract under Chapter 9, Section 3 PECL if the lack of conformity is *fundamental*. / (2) In a consumer sale, the buyer may terminate the contract *unless* the lack of conformity is *minor*. /(...).» (Cursiva mía).

⁷⁸ Con carácter general, se señala: «In principle, the rules contained in the PECL apply to any contract falling within the scope of application of the Sales Principles. However, there are cases where the present Principles deviate from the PECL by modifying or amending a given rule of general contract law to meet sales-specific situations./ Examples of such deviations can be found in Article 4:102 (Termination of the contract), which modifies Article 8:103 PECL (Fundamental non-performance); and Article 4:205 (Resort to other remedies), which introduces a certain hierarchy of remedies and, thus, applies in place of Article 8:101(3) PECL» [PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 1:201 PEL S Comment B p. 142].

⁷⁹ Cfr. Artículos 1:101 a 1:105 PEL S.

⁸⁰ Art. 1:201 PEL S: «Relationship with the Principles of European Contract Law/ Except where otherwise provided, the Principles of European Contract Law apply to any contract within the scope of application of these Principles».

En el Comentario A: «The Sales Principles have been designed to operate within the framework of general contract law promulgated by the Principles of European Contract Law

b) El art. 4:101 PEL S (*Application of the Principles of European Contract Law*) se refiere a los remedios por el incumplimiento del contrato y preceptúa que son aplicables los remedios por incumplimiento de los Capítulos 8 y 9 de los PECL, salvo que otra cosa se disponga⁸¹. Este artículo viene, en esencia y con un menor alcance, a repetir la regla del artículo 1:201 PEL S⁸².

c) El art. 4:201 PEL S (*Overview of remedies*) alude a los específicos remedios del comprador por la entrega de un bien no conforme al contrato⁸³. Dicho artículo, y de manera más elaborada el art. 4:205 PEL S (*Resort to other remedies*), establecen una jerarquía en los remedios del comprador⁸⁴. Es aquí clara la influencia ejercida por la Directiva 1999/44. En los PECL, no media una relación de jerarquía entre los remedios surgidos por el incumplimiento del contrato (cfr. arts. 8:101, 8:102 PECL). En el Comentario explicativo de los PEL S se destaca, en diversas ocasiones, la generalización de la regla de la jerarquía en los remedios⁸⁵.

(hereinafter: 'the PECL'). Thus, subjects of a more general nature –that is, those dealing with non-sale-specific problems, such as a formation, validity, or damages– are regulated in the PECL, and will not be repeated in the present Principles./ In sum, the PECL constitute the general part of the present Principles, covering all kinds of transactions from commercial to consumer transactions. To put it differently, the present rules on sales law are imbedded in the wider framework of general contract law contained in the PECL. As a result, the Sales Principles can only be used when taking both model laws into account» (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHER/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 1:201 PEL S Comment A p. 142).

⁸¹ Art. 4:101 PEL S: «Application of the Principles of European Contract Law/ If a party fails to perform an obligation under the contract, the other party may exercise the remedies provided in Chapters 8 and 9 of the Principles of European Contract Law, *except as otherwise provided in this Chapter*» (cursiva mía). V. PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHER/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:101 PEL S Comments C y D pp. 250-252.

⁸² PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHER/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:101 PEL S Comment A p. 249.

⁸³ Para la noción de *no conformidad*: Art. s 2:001 (d) y 2:201 a 2:209 PEL S. Los PEL S acogen una noción amplia de conformidad que incluye tanto los defectos materiales como los defectos jurídicos; pero, a los vicios jurídicos no se les aplica el plazo de dos años que marca el art. 4:302 (3) PEL S, según preceptúa el art. 4:302 (5) PEL S. PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHER/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 2:205 Comment A p. 211; también art. 2:001 PEL S Comment E p. 161. En España, MARTÍNEZ MARTÍNEZ señala la oportunidad de que la expresión «falta de conformidad» incluya los vicios materiales y también, los vicios jurídicos [(2004), pp. 346-348, 353-354, 357-361]. Con apoyo en Martínez Martínez, asimismo lo indica LÓPEZ HERNÁNDEZ (2008), pp. 48-51; v. p. 58; v. *infra* [89] a) y nota 217.

⁸⁴ Art. 4:201 PEL S: «Overview of remedies/ (1) When the goods do not conform to the contract the buyer is entitled:/ (a) to have the lack of conformity remedied by repair or replacement in accordance with Articles 4:202 to 4:204, which apply in place of Article 8:104 and Chapter 9, Section 1 of the Principles of European Contract Law; and/ (b) to withhold performance under Chapter 9, section 2 of the Principles of European Contract Law/ (2) Subject to Articles 4:205 (1) and (2), the buyer is also entitled:/ (a) to terminate the contract under Chapter 9, Section 3 of the Principles of European Contract Law as modified by Article 4:206;/ (b) to reduce the price under Chapter 9, Section 4 of the Principles of European Contract Law; and/ (c) to claim damages under Chapter 9, Section 5 of the Principles of European Contract Law». Para el art. 4:205 PEL S *infra* nota 104.

⁸⁵ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHER/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:201, Comment B p. 263 y Comment D p. 264; Article 4:205, Comment A p. 284; General Introduction, pp. 109-110.

Dentro de las diferencias entre los PEL S y los PECL, en el Comentario B del art. 4:201 PEL S (*Overview of remedies*) se indica, además, que el art. 4:206 PEL S (*Termination*) dispone que el comprador puede resolver por un incumplimiento *esencial*, según la definición que de tal noción contienen los PECL; no obstante, en una compraventa de consumo, el comprador puede resolver salvo que la falta de conformidad sea *menor*⁸⁶. Reglas éstas de las que ya he dado cuenta al inicio de este epígrafe y que van a ser objeto de un particular análisis en lo que sigue, junto con la noción de incumplimiento esencial de los PECL.

2.1 EL INCUMPLIMIENTO ESENCIAL EN LOS PECL CONFORME AL COMENTARIO OFICIAL

[33] El art. 9:301 (1) PECL dispone que una parte puede resolver el contrato si el incumplimiento de la otra es esencial⁸⁷. El art. 8:301 PECL preceptúa cuando el incumplimiento es esencial. Es clara la proximidad de esta noción con la del incumplimiento esencial de los Principios UNIDROIT (art. 7.3.1), así como con el Derecho inglés⁸⁸. Por lo antes expuesto, interesa profundizar en el art. 8:103 PECL conforme al Comentario oficial.

⁸⁶ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKE/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:201, Comment B p. 263; v. también Comment C p. 264; y Comment A del art. 4:206 PEL S, p. 291.

⁸⁷ Art. 9:301 (1) PECL: «Right to Terminate the Contract/ (1) A party may terminate the contract if the other party's non performance is fundamental./ (2) (...).» De interés las consideraciones sobre las ventajas y desventajas que el remedio de la resolución puede implicar para ambos contratantes y la exigencia del carácter esencial del incumplimiento, en el Comentario A del art. 9:301 PECL: «Whether the aggrieved party should have the right to terminate the contract in the case of a non-performance by the other party depends upon a weighing of conflicting considerations./ On the one hand, the aggrieved party may desire wide rights of termination. It will have good reasons for terminating the contract if the performance is so different from that for which it bargained that it cannot use it for its intended purpose, or if it is performed so late that its interest in it is lost. In some situations termination will be the only remedy which will properly safeguard its interests, for instance when the defaulting party is insolvent and cannot perform its obligations or pay damages. The aggrieved party may also wish to be able to terminate in less serious cases. A party which fears that the other party may not perform its obligations may wish to be able to take advantage of the fact that the threat of termination is a powerful incentive to the other to perform to ensure that the other performs every obligation in complete compliance with the contract./ For the defaulting party, on the other hand, termination usually involves a serious detriment. In attempting to perform it may have incurred expenses which are now wasted. Thus it may lose all or most of its performance when there is no market for it elsewhere. When other remedies such as damages or price reduction are available these remedies will often safeguard the interests of the aggrieved party sufficiently so that termination should be avoided./ For these reasons it is a prerequisite for termination that the non-performance is fundamental in the sense defined in Article 8:103» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 409].

⁸⁸ En la Nota 1 del art. 8:103 PECL así se destaca [LANDO/BEALE (ed.) (2008) pp. 366-367; *supra* nota 33 transcripción del artículo 7.3.1 Principios Unidroit (*Derecho a resolver el contrato*)]. En un trabajo en el que describe su trayectoria, LANDO considera:

[34] *El art. 8:103 (a) PECL dispone que el incumplimiento es esencial si: «strict compliance with the obligation is of the essence of the contract».*

En el Comentario B del art. 8:103 PECL, se indica que en la aplicación de la letra (a), el factor relevante no es la gravedad del incumplimiento, sino el acuerdo entre las partes de que es esencial la estricta observancia del contrato y que cualquier desviación atañe a la raíz del contrato, permitiendo, al otro contratante, resolver. Tal acuerdo puede surgir de una cláusula contractual expresa o implícita. Así, el contrato puede prever que cualquier tipo de incumplimiento justifica que la otra parte pueda resolver. La consecuencia de tal pacto es que todo incumplimiento que caiga en el ámbito del mismo es esencial. También la Ley puede indicar que la obligación ha de ser cumplida estrictamente. Se señala, por ejemplo, que muchos sistemas jurídicos contienen la regla de que en las ventas comerciales el tiempo de entrega de los bienes o la presentación de los documentos es de esencia del contrato. Finalmente, el deber de cumplimiento estricto puede también inducirse del lenguaje del contrato, de su naturaleza, o de las circunstancias concurrentes, así como de la costumbre o uso, o del curso del trato entre las partes⁸⁹.

Lo dicho anteriormente hay que ponerlo en relación con el Comentario B del art. 1:201 PECL, que regula la buena fe⁹⁰. Aquí se indica que ésta suple las previsiones de los PECL, cuando una estricta observancia de los Principios puede conducir a un resultado manifiestamente injusto. Y así, se señala, que incluso si el

«In 1979, I became a member of the Working Group, which prepared the Principles of International Commercial Contracts established by the International Institute for the Unification of Private Law (Unidroit). The chairman of the Group is Profesor Joachim Bonell, who was also a member of CECL [Commission on European Contract Law]. The Principles were Publisher in 1994 and cover almost the same topics as the PECL. (...). The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) has had a considerable influence on the Unidroit Principles and the PECL. On most issues the two sets of principles provide the same rules. *Taken together the CISG, the PECL, and the UNIDROIT Principles constitute an emerging ius commune, the beginning of a future world law of contracts*» [cursiva mía; LANDO (2002-3) pp. 520-521]. Con carácter general, sobre la resolución de los PECL: MORALES MORENO (2002), pp. 349-368.

⁸⁹ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 364.

En el Comentario 3.b del artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT (*Derecho a resolver el contrato*), a propósito de su apartado (2) letra (b) [apartado y letra equivalentes al art. 8:103 (a) PECL] se indica: «El parágrafo (2) (b) no atiende a la gravedad efectiva del incumplimiento sino a la naturaleza de la obligación contractual cuyo cumplimiento podría ser esencial. Tales obligaciones que exigen su estricto cumplimiento no son infrecuentes en los contratos mercantiles. Por ejemplo, en los contratos de venta de artículos de consumo, el tiempo de entrega suele considerarse esencial y en una operación de crédito documentario los documentos ofrecidos deben conformarse fielmente con las cláusulas del crédito».

⁹⁰ Art. 1:201 PECL: «Good Faith and Fair Dealing/ (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing./ (2) The parties may not exclude or limit this duty».

incumplimiento de una obligación es esencial, de acuerdo con el art. 8:103 (a) PECL, una parte no podrá resolverlo por un incumplimiento *trivial* de esa obligación⁹¹.

No entienden del mismo modo los PECL y los PEL S cómo se determina que la estricta observancia de la obligación sea de esencia del contrato. Según el art. 4:102 PEL S (*Termination of the contract*): «Article 8:103 (a) of the Principles of European Contract Law *applies only if the parties have expressly agreed that strict compliance with the obligation is of the essence of the contract*» (cursiva mía). El art. 4:102 PEL S se aplica a todo tipo de incumplimiento, lo que incluye a la falta de conformidad⁹².

En el Comentario D del art. 4:102 PEL S se indica que el art. 8:103 (a) PECL refleja la posición de ciertos sistemas legales, en los cuales algunas obligaciones se consideran esenciales por el Derecho y por ello, cualquier incumplimiento permite la resolución, incluso si las consecuencias para la otra parte *no son serias*. Esto supone que una parte puede utilizar el incumplimiento *como excusa* para resolver el contrato, cuando realmente las razones para hacerlo son otras; por ejemplo, que el contrato *no le es provechoso*. Se recuerda, que el derecho de resolver con base en el art. 8:103 (a) PECL se limita a través de la buena fe, pero en los PEL S se ha decidido no adoptar tal regla para la compraventa y sólo se aplica si las partes expresamente lo acuerdan (por ejemplo, mediante una cláusula resolutoria). En la práctica, la diferencia principal con los PECL es –se resalta en el citado Comentario D– que incluso si el contrato es mercantil, el tiempo no se presume que sea esencial al contrato, excepto que se acuerde de otra manera o que se algo obvio de acuerdo con las circunstancias⁹³.

⁹¹ LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 113.

⁹² PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:102, Comment A p. 256.

⁹³ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:102, Comment D p. 258. Ahora bien: «This approach [la norma del art. 4:201 PEL S] leaves subs (b) and (c) untouched; thus, the buyer may still terminate if these other conditions in Article 8:103 PECL are met» (Comment D p. 258).

En relación con el artículo 1456 CC ital. 1942 (*Clausula risolutiva expressa*), Mosco: «(...) que se verifique el especial incumplimiento previsto en la cláusula. Sobre este punto, ni que decir tiene que las partes poseen plena capacidad para establecer qué incumplimiento será suficiente para precisar la resolución. Esto debe entenderse en el sentido, casi unánimemente admitido por la jurisprudencia y la doctrina que la valoración de la gravedad del incumplimiento previsto en la cláusula, queda sustraída la decisión del Juez. A nuestro parecer, esta opinión es exacta, confirmándola los precedentes históricos del artículo 1456 y la propia función de la cláusula./ (...) / Sin embargo, la amplitud de poderes concedida por la ley a las partes, a este respecto, no es absoluta, ni mucho menos tan amplia que les permite estipular el que *incluso un incumplimiento levísimo y desdeñable, pueda dar lugar a la resolución*. Bajo el imperio del derogado Código, cierta autorizada doctrina y el Tribunal Supremo, consideraron que la cláusula resolutoria no debe en su excesiva severidad chocar con la buena fe. Y puesto que el actual cuerpo legal confirma en la mayor parte de los casos que en la interpretación y en la ejecución de los contratos, debe dominar aquel principio, *estimamos cierto que una cláusula resolutoria que lo contradiga debe considerarse nula./ En conclusión, debe decirse, que la función del Juez llamado a decidir sobre una controversia nacida de contrato con cláusula resolutoria, se limitará normalmente a determinar si ha verificado o no el incumplimiento previsto, y consiguientemente a declarar por sentencia resuelto o no el contrato sin indagar la gravedad del incumplimiento.*

[35] *El art. 8:103 (b) PECL* dispone que el incumplimiento es esencial, si: «*the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result*».

En el Comentario C del art. 8:103 PECL, se indica que el apartado (b) no mira a la observancia estricta de la obligación [como en el art. 8:103 (a) PECL], sino a la gravedad de las consecuencias del incumplimiento. Si a consecuencia del incumplimiento, se priva substancialmente a la parte perjudicada del beneficio de su negocio, así como, si pierde su interés en el cumplimiento del contrato, entonces, el incumplimiento, en general, es esencial.

Ahora bien, el incumplimiento *no es esencial*, si el incumplidor no previó, ni podía razonablemente haber previsto dichas consecuencias. Para este propósito se emplea el test, de si una persona en la misma situación que el incumplidor y utilizando una razonable habilidad y diligencia habría conocido o previsto tales consecuencias en el momento de perfección del contrato⁹⁴. Asimismo se indica, que puede esperarse más habilidad y conocimiento de un perito que de alguien que no lo es, un modesto empleado⁹⁵.

[36] *El art. 8:103 (c) PECL* preceptúa que el incumplimiento es esencial si: «*the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance*».

En el Comentario D del art. 8:103 PECL⁹⁶, se explica que, incluso si se incumple una cláusula contractual menor y las consecuencias del incumplimiento no privan, substancialmente, a la parte perjudicada, del beneficio del negocio, dicho incumplimiento puede considerarse esencial si fue intencional y el mismo da razo-

Pero cuando la cláusula, aparezca en contradicción con el principio de la buena fe, aquél deberá declarar la nulidad de ésta, lo cual producirá normalmente la transformación del contrato como estipulado sin cláusula, resolviéndose según las normas del artículo 1453, a menos que resulte que los contratantes no habrían firmado el contrato sin ella» [MOSCO, núm. 67 pp. 210-211]. En las afirmaciones de MOSCO subyace una importante consideración: si las partes establecen una cláusula que encaja en el artículo 1456 CC ital. 1942, la resolución del contrato *no es judicial*; se sustrae del campo aplicativo del artículo 1453 CC ital. 1942 (resolución judicial). En los PECL, la regla es la resolución extrajudicial o por declaración unilateral del acreedor, salvo la resolución automática, cuando el incumplimiento es excusable (al amparo del art. 8:108 PECL) y total y permanente (cfr. art. 9:303 PECL).

El artículo 1456 CC ital. 1942: «*(Clausula risolutiva expressa)* / I contraenti possono convenire espressamente che il contratto si risolva nel caso che una determinate obbligazione non sia adempiuta secondo le modalità stabilite (973, 1458). / In questo caso, la risoluzione si verifica di diritto quando la parte interessata dichiara all'altra che intende valersi della cláusula risolutiva (1454, 1517).»

⁹⁴ Contrátese con la dicción del artículo 25 CISG. V. autores citados *supra* nota 5.

⁹⁵ Comentario C del art. 8:103 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) p. 365.

⁹⁶ Comentario D del art. 8:103 PECL, LANDO/BEALE (ed.) (2000) pp. 365-366.

nes para creer que no se puede confiar en el futuro cumplimiento por parte del incumplidor.

Se ponen dos ejemplos. Uno, en el que hay un primer contrato en el que el A se compromete a vender los bienes de B como distribuidor único, asumiendo la obligación de no vender bienes de un tercero, en competencia con los bienes de B. Sin embargo, A contrata con un tercero para vender sus bienes. Incluso si los intentos de A de vender los bienes del tercero no tienen éxito y no afectan a B, B puede considerar la conducta de su deudor como incumplimiento esencial. El otro ejemplo es a propósito del derecho de un agente de reembolsarse del principal los gastos que ha tenido. El agente emite unas facturas falsas. Aunque en las facturas aparezcan cantidades insignificantes, el comportamiento del agente puede tratarse como un incumplimiento esencial y el principal puede resolver el contrato⁹⁷.

⁹⁷ La letra (c) del art. 8:103 PECL tiene su equivalente en las letras (c) y (d) del artículo 7.3.1 (2) Principios Unidroit (*supra* nota 33). En el Comentario 3 del artículo 7.3.1 Principios UNIDROIT se indica: «c. *Incumplimiento intencional*/ El parágrafo 2 (c) trata de la situación en la que el incumplimiento es intencional o temerario. Podría, sin embargo, ser contrario a la buena fe y lealtad negocial (art. 1.7) resolver el contrato en un supuesto de incumplimiento insignificante, aun cuando haya sido intencional./ d. *Falta de confianza en el cumplimiento futuro*/ El parágrafo (2) (d) le otorga importancia al hecho de que el incumplimiento brinde a la parte perjudicada un motivo para desconfiar del cumplimiento futuro de la otra parte. Si una parte debe una de las primeras prestaciones permite anticipar que éstos [los incumplimientos] se repetirán en todas las prestaciones subsiguientes, la parte perjudicada puede resolver el contrato, aun cuando los defectos evidenciados en las primeras entregas no justifiquen en sí mismos la resolución del contrato./ A veces el incumplimiento intencional puede demostrar que no se puede confiar en la otra parte./ Ejemplo/ 4. «A», que es mandatario de «B», presenta recibos falsos a «B» para solicitar el reembolso de supuestos gastos. Aunque la suma solicitada por «A» en concepto de reembolso sea insignificante, «B» puede considerar el comportamiento de «A» como un incumplimiento esencial y resolver el contrato de mandato».

Tras aludir al art. 8:103 (c) PECL y a la *Sale of Goods Act 1979*, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN señala, para el Derecho español y a propósito de la voluntad deliberadamente rebelde: «Contempladas las cosas así la cuestión es si la tan traída y llevada, manoseada y maltratada voluntad deliberadamente rebelde, que nunca tuvo sentido como exigencia de imputabilidad o culpabilidad en el incumplimiento, puede ser utilizada como un criterio que equipare el incumplimiento a los esenciales, de acuerdo con el modelo que nos sirve como punto de referencia. En mi opinión la respuesta ha de ser afirmativa, porque se trata de saber, básicamente en qué momento tiene derecho a separarse del contrato, llevando a cabo, si ello le conviene, la operación de sustitución. Efectivamente, cuando exista una rebeldía deliberada todo se concita para pensar en la inutilidad de las esperas, de las demandas o requerimientos. El único problema es que rebeldía deliberada es una exigencia demasiado fuerte y bastaría decir, como el derecho inglés, incumplimiento intencional que permite deducir la intención de no cumplir en el futuro» [(2005) p. 92, v. también p. 91].

Para el Derecho italiano y el artículo 1455 CC ital. 1942 (transcrito *supra* nota 6), MOSCO analiza cómo encaja la pérdida de confianza sobre el futuro cumplimiento del deudor en los contratos de ejecución continuada o periódica (obligaciones positivas continuas, obligaciones positivas periódicas, obligaciones negativas). Con carácter general: «De la especialidad de estas obligaciones, derivase que la gravedad de su incumplimiento, ha de hacerse con criterios un tanto diferentes de los hasta ahora expuestos./ En cambio, dada la autonomía de las sucesivas prestaciones, sucede a menudo que el incumplimiento, aunque sea muy grave, no perjudica al interés del acreedor, y deja por tanto expedita la posibilidad de resolver el contrato [sic]. Para que tal incumplimiento produzca la disminución del

Finalmente, en el Comentario D del art. 8:103 PECL se lee que el perjudicado no puede invocar este apartado (c), si el incumplimiento puede remediararse a través de un tercero⁹⁸ o bien, si no hay razón para creer que la parte incumplidora no cumplirá su obligación en el futuro⁹⁹.

2.2 LA FALTA DE CONFORMIDAD ESENCIAL EN LOS PEL S CONFORME AL COMENTARIO OFICIAL

[37] Sabemos que el art. 4:206 (1) PEL S (*Termination*) permite, como regla general, que el comprador resuelva el contrato si la falta de conformidad es esencial; la noción de qué es esencial se determina según el art. 8:103 PECL y las modificaciones que expresamente indican los PEL S.

[38] En el Comentario B del art. 4:206 PEL S (*Termination*) se explica cuando la falta de conformidad es esencial. Voy a presentar

interés, se precisa que por su naturaleza y circunstancias por las cuales se ha verificado, haga disminuir la confianza en el cumplimiento de las obligaciones sucesivas./ Esta disminución de la confianza no puede basarse, naturalmente, en impresiones subjetivas, sino que debe consistir en una previsión, formada con criterio objetivo medio, sobre cuál será la capacidad de cumplimiento del deudor en los plazos sucesivos. (...) Por ahora interesa destacar, que en la disminución de la confianza, se puede prescindir de la gravedad un incumplimiento único; esto es, que un incumplimiento de escasa importancia, considerado aisladamente, puede bien producir aquel efecto, y por tanto, legitimar la acción de resolución, si las causas que lo provocan y circunstancias que le acompañan, son tales que quitan la esperanza en los sucesivos cumplimientos. Así sucedería por ejemplo, en el caso de un incumplimiento de poca entidad en un contrato de suministro, cuando fuese producido por una grave desorganización de la industria, o por los grandes que hubiese experimentado por cualquier motivo./ Como norma general, el incumplimiento capaz de disminuir la confianza, ha de ser absoluto, esto es, de tal envergadura que en su valoración no ejerza influencia alguna la entidad del retardo en el cumplimiento. Por el hecho mismo de que la confianza en el ulterior cumplimiento ha disminuido, la conducta del deudor se considera del mismo modo que si lo hubiera rehusado. (...)» [MOSCO, núm. 30 pp. 111-112; v. hasta el núm. 34 p. 129; para las obligaciones periódicas núm. 32 pp. 115-119, para las obligaciones negativas núm. 33 pp. 122-126; para las obligaciones que nacen de contratos de ejecución continuada, núm. 34 pp. 126-128].

En el contrato de suministro, el artículo 1564 CC italiano 1942 dispone: «(*Risoluzione del contratto*). In caso d'inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, l'altra può chiedere la risoluzione del contratto, se l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti (1453, 1455; 74 l. fall.)».

⁹⁸ «Illustration 7: A contracts to build a supermarket for B for € 150,000. A completes performance except that, angered by a dispute over an unrelated transaction, it refuses to build a cover over a compressor. B can have the cover built by another contractor for € 300. A's non-performance is not fundamental» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) Comentario D p. 366].

⁹⁹ «Illustration 8: A contracts to build a supermarket for B: the specification calls for the building face with a expensive type of brick. A's supervisor orders that a cheaper type of brick to be used to face a wall which is not easily visible but, as soon as B points out the discrepancy, A agrees to remove the cheaper bricks and to use the proper sort in the future. A's non-performance does not give B reason to believe that it cannot rely on A's performance in future» [LANDO/BEALE (ed.) (2000) Comentario D p. 366].

separadamente los aspectos que se contienen en dicho Comentario, actuando con cierta libertad para facilitar la exposición¹⁰⁰.

a) Para valorar si la falta de conformidad es esencial, en el Comentario se precisa que el punto de partida es el alcance de la desviación que media entre el bien entregado y el bien que es conforme con el contrato. Un elemento indicativo de que la falta de conformidad es esencial es si el comprador no puede usar los bienes, o sólo puede hacerlo de una manera limitada por causa de la falta de conformidad. Se indica que esto generalmente no se aplica si la falta de conformidad es fácilmente rectificable a un bajo costo.

b) También han tenerse en cuenta, según el Comentario, las necesidades del comprador en el concreto caso. Y así, un defecto que puede ser de menor importancia para un comprador, puede serlo de mayor para otro. Por ejemplo, una falta de conformidad que en sí misma puede considerarse menor, como pueda serlo una suave desviación en el color del bien entregado, podrá ser esencial si los bienes comprados se presumen que van a hacer juego con otros comprados anteriormente.

c) En una compraventa mercantil, continúa el Comentario, si el comprador aún puede usar los bienes o revenderlos sin esfuerzos irrazonables en su negocio ordinario, esto constituye una indicación de que la falta de conformidad no es esencial.

d) En el Comentario también se lee, a fin de decidir si un incumplimiento es o no esencial, que el hecho de que haya otras posibilidades de solución para el comprador, como la reducción del precio o la indemnización de daños y perjuicios, son elementos que han de tenerse en cuenta.

e) Finalmente se indica en el Comentario, que si los bienes pueden repararse o sustituirse, esto puede constituir una circunstancia indicativa de que la falta de conformidad no es esencial. Y si la exigencia del comprador de que se repare o se sustituya el bien no se realiza en un plazo razonable, o no caben los remedios de la reparación o de la sustitución, estas son circunstancias que indican lo opuesto (falta de conformidad esencial).

[39] En suma –acaba el Comentario B del art. 4:206 PEL S– puede decirse que ha de hacerse un examen global sobre la importancia del incumplimiento del contrato para el comprador, para lo

¹⁰⁰ PEL/HONDUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIROWSKA, Sales, Article 4:206, Comment B pp. 291-292.

que se tendrá en cuenta las posibilidades de rectificar la no conformidad o el compensar al comprador a través de otros remedios¹⁰¹.

2.3 LA FALTA DE CONFORMIDAD MENOR EN LAS VENTAS DE CONSUMO EN LOS PEL S CONFORME AL COMENTARIO OFICIAL

[40] En el Comentario C del art. 4:206 PEL S (*Termination*) se explica el significado de la falta de conformidad menor, la cual no permite al consumidor resolver la compraventa¹⁰².

En el Comentario, se destaca *el distinto criterio* que se emplea para la resolución de la compraventa en que interviene un consumidor, frente al resto de compradores. También se reitera que el consumidor tiene *un derecho más amplio a resolver el contrato* que el del comprador normal (distintos umbrales): el consumidor puede resolver en cualquier caso, salvo si la falta de conformidad es menor.¹⁰³ Valorando esta regla, en el Comentario se indica que la misma puede parecer drástica; pero se señala, que el orden jerárquico que en los remedios por la falta de conformidad establecen los PEL S, hace que el comprador no pueda inmediatamente resolver el contrato (cfr. art. 4:205 PEL S, *Resort to other remedies*). Pero esta justificación no me parece suficiente; porque frente a ella hay que tener en cuenta que el sistema jerarquizado de remedios también se aplica en los PEL S a la compraventa que no es de consumo y no obstante en ellos se exige que el incumplimiento sea esencial (art. 4:206 (1) PEL S; doy cuenta de este sistema *infra* [42]).

[41] Según el Comentario C del art. 4:206 PEL S (*Termination*), la falta de conformidad menor es aquella que apenas tiene importancia; un defecto relativamente pequeño en consideración con el valor global del producto. Se presume, continúa el Comentario, que pequeños rasguños u otros puros defectos estéticos son normalmente de carácter menor. Asimismo, un defectuoso funcionamiento menor de un equipo técnico, que no sea de mayor impor-

¹⁰¹ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHÉK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:206, Comment B p. 292.

¹⁰² PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHÉK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:206, Comment C p. 292.

¹⁰³ También se destaca la diferencia con el incumplimiento esencial de los PECL y, que en las ventas de consumo, el remedio de la resolución tiene un campo de actuación más amplio, por ejemplo, en el Comentario C del art. 4:102 PEL S (*Termination of the contract*): «Both sets of remedies [PECL y PEL S] start from the idea that the buyer may, as a rule, only terminate in cases of fundamental non-performance (see Articles 4:201 (2) (a) and 4:206 (1) which refer to the rules on termination container in the PECL)./ (...). Moreover, in consumer sales a lower standard of termination is established entitling a consumer to terminate unless the lack of conformity is minor (Article 4:206(2)). (...)» [PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHÉK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:102, Comment C].

tancia para el comprador, no dará generalmente lugar a la resolución. Como regla, en cada caso debe determinarse cómo influye la falta de conformidad en el *valor* o en la *utilidad* del bien. Si incide en la utilidad, de manera mayor, el criterio para poder resolver el contrato se cumple, incluso si la falta de conformidad constituye una reducción marginal del valor del bien. Un hecho que habla en contra del carácter menor de la falta de conformidad es si la utilidad puede restablecerse con un esfuerzo pequeño. En general, una falta de conformidad en sí misma menor será mayor, si es difícil de remediar.

Se indica por último, que el hecho de que el vendedor, sin una válida razón, rehúse remediar la falta de conformidad de acuerdo con el art. 4:202 PEL S (*Remedying the lack of conformity*), debe influir en la valoración de si la falta de conformidad es o no menor; pues el vendedor ha tenido la oportunidad de evitar la resolución.

2.4 EXCURSUS: EL SISTEMA JERARQUIZADO DE LOS REMEDIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LOS PEL S

[42] Antes me referí al hecho de que los PEL S generalizan a todas las compraventas el sistema jerarquizado de remedios por la falta de conformidad. Voy a dar unas breves notas de tal sistema, en una visión global de los PEL S. El art. 4:205 PEL S (*Resort to other remedies*) es el precepto clave¹⁰⁴.

La jerarquía supone, como regla, que el comprador ha de acudir en primer lugar a la reparación o a la sustitución del bien de acuerdo con los artículos 4:202 y 4:203 PEL S¹⁰⁵. Durante el plazo en el que el vendedor puede realizarlas, el comprador no puede ejercitar

¹⁰⁴ Art. 4:205 PEL S: «Resort to other remedies/ 1. The buyer may withhold performance but may no resort to any other remedy if the buyer:/ (a) has, in accordance with Article 4:202, demand that the seller remedy the lack of conformity; or/ (b) has, in accordance with Article 4:203, given the seller an opportunity to remedy the lack of conformity./ (2) However, if the seller refuses or has failed to remedy the lack of conformity within a reasonable time and without unreasonable inconvenience to the buyer, the buyer may resort to any other available remedy under Article 4:201 (2)./ (3) This Article does not preclude the buyer from claiming damages for any loss not remedied by the seller's cure».

¹⁰⁵ Art. 4:202 PEL S: «Remedying the lack of conformity/ (1) The buyer is entitled to have the lack of conformity remedied free of charge by repair or replacement, provided that remedying it:/ (a) is not unlawful or impossible; or/ (b) will not cause the seller unreasonable effort or expense./ (2) Free of charge particularly means without any charge for labour, materials or any necessary transport of the goods./ (3) The seller may not refuse to remedy the lack of conformity merely because the buyer could reasonably have it remedied from another source». Para el art. 4:203 PEL S (*«Seller's opportunity to remedy the lack of conformity*) *infra* nota 114 y el texto que en la misma se transcribe. Art. 4:204 PEL S: «Choice between repair and replacement/ (1) The seller may choose how to remedy the lack of conformity, unless the method chosen would, in comparison to other methods, cause unreasonable delay or inconvenience to the buyer./ (2) In a consumer sale, the buyer may choose whether the lack of conformity is to be remedied by repair or replacement, unless the buyer's choice is unlawful or impossible, or will cause the seller unreasonable effort or expense».

los remedios de resolución, de reducción del precio y de daños; sí dispone del derecho de suspender el cumplimiento de su propia prestación¹⁰⁶.

Pero el comprador puede ejercitar *inmediatamente* los remedios secundarios (como la resolución), si el vendedor no puede hacer que los bienes sean conformes al contrato por ser ilegal o imposible¹⁰⁷; también si la reparación o sustitución del bien le causa un irrazonable esfuerzo o gasto. Puede suceder, que no estando obligado el vendedor a cumplir, lo ofrezca. El vendedor puede preferir esto, antes de que el comprador pueda resolver (la resolución puede resultarle más perjudicial). Si en este caso el vendedor ofrece subsanar, el comprador no puede acudir a los remedios secundarios¹⁰⁸.

El comprador también puede acudir a los remedios secundarios, si el vendedor rehúsa subsanar la falta de conformidad, lo haya indicado o esté claro de cualquier otra forma; también, si el vendedor no remedia la falta de conformidad en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el comprador¹⁰⁹. En este último caso, el vendedor quiere cumplir, pero no reúne los requisitos para hacerlo, lo que puede estar claro desde un primer momento o más tarde¹¹⁰. Es de advertir que la determinación del plazo razonable se juzga de manera más estricta en las compraventas de consumo que en las que ordinarias.¹¹¹

¹⁰⁶ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment B p. 284.

¹⁰⁷ Se pone este ejemplo: «*Illustration 1/ A has bought a unique antique clock from B. The parties agree that the clock is going to be transported to A's home. Upon arrival that the clock has been damaged due to improper packaging by B. It is clear that it is beyond repair and also that it is impossible for B to replace it. A is not obliged to ask for repair or replacement or to wait for B to offer to cure, but may immediately proceed to the secondary remedies*» (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment B pp. 284-285).

¹⁰⁸ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment B p. 285.

¹⁰⁹ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment B p. 285.

Sobre los inconvenientes que puedan causarse al comprador, en el Comentario C del art. 4:205 PEL S (*Resort to other remedies*) se indica: «(...) The fact that the seller has earlier already repaired or replaced the goods does not automatically give the buyer a right to refuse a rectification regarding new defects appearing later on. Concerning the situation where defects appear repeatedly, the total inconvenience for the buyer might however amount to a right for him to refuse the seller's further attempts to remedy the goods. The fact that the seller's cure also leads to costs for the buyer does not in itself mean that the buyer can refuse such rectification, unless there is a risk that he will not be compensated by the seller. Only if the buyer should be forced to advance considerable sums could this amount to such an inconvenience for him and therefore give him a right to refuse the seller's offer» (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment C p. 286).

¹¹⁰ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment B p. 285.

¹¹¹ Con carácter general, el vendedor debe reparar rápidamente. Si no hay una circunstancia especial, el consumidor puede normalmente esperar que en un par de días se

2.5 OTROS RASGOS CARACTERIZADORES DE LOS PEL S. REFLEXIONES A PARTIR DE LOS PEL S

[43] Junto a la cuestión fundamental que me preocupa en este trabajo, la distinción entre incumplimiento esencial e incumplimiento de no escasa importancia, hay otros rasgos en los PEL S que me gustaría destacar.

Antes de hacerlo quiero reiterar una conclusión clara que se extrae de lo anteriormente expuesto: los umbrales de la resolución de la compraventa son distintos según se utilice como criterio el de la falta de conformidad «esencial» o el de la falta de conformidad «menor». El primero aplicable en los PEL S al régimen general y el segundo a las ventas de consumo. Las posibilidades de que dispone el consumidor para resolver el contrato son más amplias que las de un comprador ordinario. Al consumidor se le facilita la salida del contrato, bajo el presupuesto de que no haya obtenido adecuadamente la satisfacción *in natura*.

Por otra parte, la regulación de los PEL S pone de manifiesto cómo un sistema jerarquizado de los remedios, como el que aplican los PEL S a todas las ventas, no conduce necesariamente a bajar el umbral de la resolución, lo que a veces se ha sostenido. Y a propósito de la jerarquía, aún se puede hacer otras observaciones.

A) *Sistemas de jerarquía en los remedios v. sistemas de libre elección en los remedios*

[44] No siempre se puede establecer una contraposición clara entre sistemas que adoptan una jerarquía de los remedios y sistemas de libre elección por el acreedor.

El sistema puro de jerarquía es aquél en que la ley establece directamente un orden jerárquico de ejercicio en los remedios. Así,

hará la reparación (contados desde que el vendedor tomó posesión de los bienes). En los bienes técnicamente complejos puede ser necesario un plazo mayor. Si el consumidor no dispone de los bienes más allá de un corto período (por ejemplo, una semana), el vendedor puede ser requerido para que ponga a disposición del comprador un bien sustituto durante el plazo que dure la reparación, excepto si el consumidor no va a usarlo en modo alguno durante dicho plazo. Se ponen estos ejemplos: «*Illustration 2/ B, a consumer buyer, has to manage without his car for ten days due to repairs. The seller is obliged to arrange a substitute car for B during this period. If, however, the repair takes place during the winter and concerns B's lawn-mower instead, the seller is not obliged to provide for a substitute goods, since B is not going to use the lawn-mower anyway*

Por otro lado, puede suceder que el tiempo preciso para que el vendedor lleve a cabo la reparación del bien no sea, en sí mismo, irrazonablemente largo, pero suceda que el consumidor necesite rápidamente los bienes. Así, el ejemplo del consumidor que se va de vacaciones en una semana y deja de funcionar la cámara fotográfica. (PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHÉK/SIVESAND/WIEWIROWSKA, Sales, Article 4:205, Comment F pp. 287-288).

por ejemplo, el comprador ha de intentar primero el cumplimiento de la compraventa (reparación, sustitución) y, fracasado éste, el comprador puede ejercitar los otros remedios (reducción del precio, resolución). Pero en el sistema de libre elección entre los remedios puede estar presente el derecho del vendedor de subsanar su incumplimiento, lo que matiza su contraposición al sistema de jerarquía en los remedios.

Ante la falta de conformidad esencial, el comprador puede directamente ejercitar la resolución de la compraventa. Frente a esto, puede reconocerse al vendedor la posibilidad de que paralice la resolución ofreciendo subsanar la falta de conformidad (reparar, sustituir), bajo ciertas exigencias establecidas para proteger al comprador. Si el vendedor no logra subsanar (cumplimiento fallido), el comprador puede resolver y la resolución ha operado en un segundo nivel¹¹². Y también opera en este segundo nivel, si el comprador

¹¹² Los Principios Unidroit contemplan expresamente la relación entre la resolución por incumplimiento esencial y el derecho del deudor a subsanar su incumplimiento (transcurrida la fecha de cumplimiento). El artículo 7.1.4 Principios Unidroit dispone: «(Subsanación del incumplimiento)/ (...) / (2) La notificación de que el contrato ha sido resuelto no excluye el derecho a subsanar el incumplimiento./ (...)». En el Comentario 1 del precepto se lee: «(..). Este artículo, por lo tanto, favorece la conservación del contrato. También refleja en principio de política jurídica de minimizar costos, igualmente apuntado en el Art. 7.4.8 (Atenuación del daño) y el principio básico de buena fe y lealtad negocial del artículo 1.7. Esta disposición está relacionada con aquellas disposiciones relativas a la subsanación del incumplimiento contenidas en los artículos 37 y 48 de CISG y en algunas normas nacionales que regulan los contratos en general y la compraventa. Aun en aquellos ordenamientos que no incluyen disposiciones expresas sobre el subsanamiento, suele tenerse en cuenta una oferta razonable de subsanación para fijar la cuantía del resarcimiento» (v. el Comentario 3). En el Comentario 8: «Efectos de la notificación de resolver el contrato/ Si la parte perjudicada ha resuelto el contrato correctamente, conforme a lo dispuesto por los artículos 7.3.1 (1) y 7.3.2 (1), los efectos de la resolución (art. 7.3.5) también quedarán suspendidos por una notificación efectiva de subsanación. Si se subsana la falta de cumplimiento, la notificación de subsanación [sic, resolución] carecerá de efectos. Por otra parte, los efectos de la resolución se despliegan si ha expirado el plazo de la resolución [sic, subsanación] y no se ha subsanado algún incumplimiento esencial». Y en el Comentario 10: «Depende de la parte incumplidora invocar esta disposición [esto es, ejercitar el derecho de subsanación]. (...) / Carece de efecto una notificación de resolver el contrato, si la parte perjudicada se niega a permitir la subsanación cuando le es requerido. (...)».

En la CISG, el artículo 48.1 regula el ofrecimiento del vendedor de subsanar las mercaderías no conformes al contrato y comienza así: «sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 49 CISG». El artículo 49.1 CISG permite la resolución, si el incumplimiento del vendedor es esencial (art. 25 CISG). Es conocido que en el Proyecto de Convención de 1978, el inicio del artículo equivalente al artículo 49 CISG era: «A menos que el comprador haya declarado resuelto el contrato conforme al artículo 45 [vigente art. 49] (...).» El cambio de redacción del artículo 49 CISG es notable. Por otro lado, para calificar si el incumplimiento es o no esencial, un elemento que puede influir es el ofrecimiento de subsanación del vendedor. Sobre la subsanación del vendedor en la CISG, por ejemplo: HONNOLD, «Comentario del artículo 48» (1987) de la trad. esp., núms. 292-300 pp. 338-344, en particular núm. 296; WILL, «Comentario del artículo 48 CISG» (1987) pp. 347-358, en particular los núms. 1.2, 1.3, 2.1.1.1.1, 3.2.1 y 3.2.2, y, «Comentario del artículo 49 CISG» núm. 2.1.1 p. 362; LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario de artículo 48» (1998) pp. 427-434, en particular pp. 428-429 y 430-431. Para el «Derecho interno español», LÓPEZ LÓPEZ señala: «Nuestro Derecho de contratos desconoce una figura como el derecho a la subsanación de las obligaciones incumplidas, como principio general, aunque la posibilidad de

inicialmente decide exigir el cumplimiento del contrato y el vendedor no lo lleva a cabo, el comprador puede proceder a la resolución tratándose de un incumplimiento esencial.

Creo que con lo anterior es perceptible, que una de las claves de identificación de un sistema dado en los remedios del comprador por la falta de conformidad es si se opta por un dirigismo legal (se marca el orden que ha de seguirse en el ejercicio de los remedios) o se opta por dejar libertad a las partes y, según cómo éstas actúen, la resolución opera en un primer nivel o en otro segundo. En este último caso –resolución ejercitada tras no tener éxito el intento de cumplimiento del contrato– hay coincidencia de resultado entre el sistema de jerarquía en los remedios y el sistema de libre opción¹¹³.

[45] En los PEL S, además del sistema jerarquizado en los remedios del comprador por la falta de conformidad, el vendedor dispone del derecho subsanar la falta de conformidad del bien, transcurrida la fecha de entrega [art. 4:203 PEL S (*Seller's opportunity to remedy the lack of conformity*)]¹¹⁴.

En el articulado de la Directiva 1999/44 no se contempla el derecho del vendedor de subsanar, pero en el Considerando (12) se señala que «cuando exista una falta de conformidad el vendedor siempre podrá proponer al consumidor, como solución, cualquier

concesión de plazos de gracia, tanto derivados de la autonomía de las partes, como del arbitrio judicial (art. 1124 CC), envuelve *de facto* posibilidades de que dichos recursos sirvan al deudor para subsanar la lesión del crédito por él provocada. En este punto remitimos a lo dicho en el comentario al artículo 47 [CISG]» (op. cit. p. 434).

V. TREITEL (1976) s. 174 pp. 136-137; BEALE (1980) pp. 90-103; artículo 44 ULIS.

¹¹³ Contrastando la CISG y la Ley de Garantías: FENOY PICÓN (2005) pp. 541-543. TROIANO también plantea si, efectivamente, son tan diferentes la CISG, con una resolución inmediata, y la Directiva 1999/44, con una resolución de segundo grado. En su opinión, la mentada diferencia es más aparente que real, pues en la CISG, el incumplimiento no es esencial si puede ser subsanado, lo que implica que la resolución es en la CISG remedio residual [TROIANO (2008) pp. 366-368, en particular p. 368].

¹¹⁴ Art. 4:203 PEL S: «*Seller's opportunity to remedy the lack of conformity/ The buyer is required to give the seller an opportunity to remedy the lack of conformity if the seller, promptly after being notified of the lack of conformity, offers to remedy it unless: (a) the buyer has reason to believe that the seller will be unable to remedy it within a reasonable time and without unreasonable inconvenience to the buyer; or/ (b) the nature of the lack of conformity gives the buyer reason to believe that he cannot rely on the seller's future performance.*

En el Comentario B del art. 4: 205 PEL S (*Resort to other remedies*), a propósito de la jerarquía en los remedios, se señala: «The hierarchy applies in two situations. The first one (...). The second situation arises (...) when the seller offers to cure the lack of conformity. In such a situation, the buyer is not entitled to turn down the seller's offer unless he may do so in accordance with the conditions under Article 4:203 (...). As a consequence, if the buyer has failed to give the seller an opportunity to remedy the lack of conformity when required to do so under Article 4:203, the buyer has no right to proceed to the secondary remedies (...)» [PEL/HONDUS/HEUTGER/JELOSCHKE/SIVESAND/WIEWIROWSKA, Sales, Article 4:205, p. 284; v. también art. 4:203 PEL S Comment A p. 275 y Comment C p. 276].

forma de saneamiento¹¹⁵; que el consumidor deberá decidir si acepta o rechaza esta propuesta». No se indican las consecuencias del rechazo de tal ofrecimiento por parte del consumidor.

B) *El sistema de limitación de los daños derivados de la entrega de cosa no conforme al contrato, para los vendedores no profesionales*

[46] Otro rasgo de los PEL S que me ha resultado interesante es que en ellos se intenta llevar a cabo una regulación unitaria del contrato de compraventa. Es interesante constatar qué reglas han merecido generalización y cuáles se ha considerado necesario diversificar en función de que el comprador fuera un consumidor, o un no profesional, ante la entrega de cosa no conforme al contrato.¹¹⁶ Una de las claves del correcto funcionamiento de un sistema es la concreción de las excepciones, a la regla. Los PEL S, por ejemplo, no unifican en cuanto a la importancia de la falta de conformidad resolutoria; sí lo hacen en el sistema jerarquizado de remedios por la entrega de cosa no conforme al contrato. Los PEL S permiten poner a prueba la opción legislativa de la unificación de régimen en la compraventa. En España, por el momento, la situación legal es bien distinta (diferente regulación para la compraventa civil, mercantil, de consumo; internacional)¹¹⁷.

[47] El art. 4:207 PEL S (*Limitation of liability for damages of non-professional sellers*) responde a esa necesidad de dar un trato particular a ciertos sujetos. La regla que contiene nos recuerda un poco al sistema histórico (ahora dulcificado) que excluía la indemnización de daños en caso de existencia de vicios ocultos, salvo que hubiera mala fe en el vendedor¹¹⁸.

Según el art. 4:207 PEL S, si el vendedor es una persona física que no actúa profesionalmente, el comprador no puede reclamar daños y perjuicios que excedan del precio del contrato, salvo que aquél conociera de la *falta de conformidad* o pudiera razonablemente esperarse que la habría conocido en el momento en el que el

¹¹⁵ En el articulado de la Directiva 1999/44, puede entenderse que cuando se emplea el término *saneamiento* incluye la reparación o la sustitución (art. 3). Pero de la lectura de los Considerandos (11) y (12) de la Directiva 1999/44 puede surgir la duda de si el término saneamiento alcanza a todos los remedios derivados de la falta de conformidad. La cuestión es de interés, porque, para determinar si la reparación o la sustitución es desproporcionada en un concreto caso, no es lo mismo hacer la comparación entre esos dos remedios, que incluir en la comparación a todos los remedios derivados de la falta de conformidad. Para el Texto Refundido de consumidores, FENOY PICÓN (2008) p. 1320.

¹¹⁶ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 1:202 Comments A y B p. 144.

¹¹⁷ FENOY PICÓN (2005) pp. 533-547.

¹¹⁸ FENOY PICÓN (2005) pp. 543-545; cfr. artículo 1486.I CC.

riesgo se traslada al comprador y no informó al comprador antes de dicho momento¹¹⁹.

En el Comentario A del art. 4:207 PEL S se señala que la regla puede ser más favorable para el vendedor, que la de la previsibilidad en los daños del art. 9:305 PECL (*Foreseeability*)¹²⁰. Asimismo se indica, que el art. 4:207 PEL S se aplicará, predominantemente, a la compraventa celebrada entre dos particulares; si bien también incluye el raro caso en que un particular vende a un profesional¹²¹.

La justificación del art. 4:207 PEL S es que la obligación de indemnizar daños y perjuicios puede llegar a ser excesivamente onerosa para un vendedor particular, e incluso, a veces, puede provocar una quiebra de su situación financiera. Y esto es especialmente cierto –se señala– en el caso en que un particular vende a un comprador empresario¹²². De ahí la decisión de restringir la obligación de pago de daños, al precio del contrato. Aunque fijar un límite de este tipo puede, en ocasiones, resultar de alguna manera inflexible, los PEL S prefieren una regla de corte, más que otra abierta. De esta forma, el particular siempre conocerá la exacta

¹¹⁹ Art. 4:207 PEL S: «Limitation of liability for damages of non-professional sellers/ (1) If the seller is a natural person acting for purposes not any extent related to that person's trade, business or profession, the buyer is not entitled to claim damages exceeding the contract price./ (2) The seller is not entitled to rely on paragraph (1) if the lack of conformity relates to facts of which the seller, at the time when the risk passed to the buyer, knew or could reasonably be expected to have known and which the seller did not disclose to the buyer before that time».

¹²⁰ Art. 9:503 PECL: «Foreseeability/ The non-performing party is liable only for loss which it foresaw or could reasonably have foreseen at the time of conclusion of the contract as a likely result of its non-performance, unless the non-performance was intentional or grossly negligent».

¹²¹ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:207, Comment A, p. 298. En el Comentario B (p. 299): «The definition of the non-professional sellers runs parallel to that of the consumer within the meaning of Article 1:202 (Definition of consumer sale). Accordingly, this Article applies to a natural person not acting to any extent for purposes related to that person's trade, business or profession. *In contrast, it does not matter in which capacity the buyer buys the good.* He can therefore be another private person himself, i.e. a «consumer», or a professional party» (cursiva mía). Y en el Comentario E (p. 300): «The Principles of European Contract Law do not contain such a general cap of damages; instead, the compensation due may be limited by Article 9:503 (Foreseeability)».

¹²² PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHEK/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:207, Comment C, p. 299. En el Comment C (p. 299) se indica este ejemplo: «*Illustration 1/* Two private persons conclude a sales contract for a second-hand caravan. The buyer, B, tells the seller that he is buying the caravan for travelling from Sweden to Spain for the European football championship. Unfortunately, the caravan breaks down in Germany, after having successfully crossed the bridge and Denmark. The amount of damages could for instance include the repair of the caravan itself, accommodation, alternative transportation to Spain or compensation for tickets that could not be used etc. However, since the seller is not a professional, he will at a maximum be liable for damages equal to the contract price».

extensión del riesgo que asume, lo que contrasta con otros estándares como pueda ser el del coste de reparación¹²³.

Se es consciente de que, en ocasiones, hay que excepcionar la regla, teniendo presente la condición del sujeto contratante.

3. LA RESOLUCIÓN DE LA COMPROVENTA EN EL DRAFT COMMON FRAME OF REFERENCE DE 2009

[48] Voy a hacer unas breves consideraciones sobre el *Draft Common Frame of Reference* de 2009¹²⁴ (DCFR de 2009 en adelante). El DCFR de 2009 regula la compraventa ordinaria, estableciendo ciertas particularidades para la compraventa de consumo¹²⁵ (art. IV.A.-1:204 DCFR de 2009, *Consumer contract for sale*¹²⁶). Las notas caracterizadoras de la regulación propuesta por el DCFR de 2009 son estas:

Primera.—Como en los PEL S, en el DCFR de 2009 se diferencia en materia de falta de conformidad¹²⁷ el régimen de la compra-

¹²³ PEL/HONDIUS/HEUTGER/JELOSCHKE/SIVESAND/WIEWIOROWSKA, Sales, Article 4:207, Comment C p. 299. Además: «Arguably, the arguments brought forward above also apply in respect of a delay in delivery. However, it should be kept in mind that any seller should know whether he is able to deliver on time, whereas he may not envisage the consequences of a lack of conformity. In other words, a non-professional seller is not expected to take responsibility for defects that he cannot see, but even he should be able to tell when he is late in delivering» (Comment C p. 299; cursiva mía).

¹²⁴ Todas las citas de la obra *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition, Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law* edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, (2009). Hay una versión anterior del DCFR de 2008 publicada por Seller. Sobre la versión de 2008, v. la valoración crítica de EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSSEN/WAGNER/ZIMMERMANN (2008) pp. 659-708; BEALE (2007-3) 257-268. Sobre el MCR, LEIBLE (2006) pp. 1589-1609 y (2008) pp. 221-249; SCHULZE (2008) pp. 407-428.

¹²⁵ Sobre la regulación de la compraventa del DCFR de 2008, VENEZIANO señala: «However, in order to take consumer protection into account, different rules are envisaged in some instances for the case in which the contract is concluded with a consumer (as an example, see the different language used to limit termination of the contract – which tracks down the Consumer Sales Directive)» [(2008) p. 51]. Incidentalmente, para la regulación de la compraventa del DCFR de 2008, EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSSEN/WAGNER/ZIMMERMANN: «In the preparation of the part on sales, the United Nations Sales Convention and the Consumer Sales Directive have naturally played a very significant role; in this respect the authors of the DCFR could draw upon field-tested models in addition to an extensive comparative discussion dating back to Ernst Rabel's famous monograph on the international sale of goods» [(2008) p. 663].

¹²⁶ Art. IV.A.-1:204 DCFR de 2009: «Consumer contract for sale/For the purpose of this Part of Book IV, a consumer contract for sale is a contract for sale in which the seller is a business and the buyer is a consumer».

¹²⁷ Al igual que en los PEL S (*supra* nota 83), el DCFR de 2009 acoge una noción amplia de falta de conformidad que incluye vicios materiales y vicios jurídicos; cfr. artículos IV.A.-2:301 a IV.A.-2:309 DCFR de 2009.

venta de consumo, del de la compraventa ordinaria. Para la compraventa ordinaria se exige que el incumplimiento sea esencial (art. III.-3:502 DCFR de 2009, *Termination for fundamental non-performance*¹²⁸). Para la compraventa de consumo se utiliza el límite de la falta de conformidad menor (art. IV.A.-4:201 DCFR de 2009, *Termination by consumer for lack of conformity*¹²⁹). El umbral de resolución en la compraventa de consumo es más bajo que el de la compraventa ordinaria. El artículo IV.A.-4:101 DCFR de 2009 (*Limits on derogation from remedies for non-conformity in a consumer contract for sale*) destaca el carácter imperativo de los remedios por la falta de conformidad, en las ventas de consumo, antes de que se comunique al vendedor la falta de conformidad¹³⁰.

Segunda.— En el DCFR de 2009, el sistema de remedios no está jerarquizado al igual que en los PECL. Ante la falta de conformidad del bien, el comprador (acreedor) elige según su conveniencia, siempre que reúna los requisitos particulares del supuesto elegido (arts. III.-3:101, III.-3:102 DCFR de 2009¹³¹). El sistema de libre

¹²⁸ Art. III.-3:502 DCFR de 2009: «Termination for fundamental non-performance/ (1) A creditor may terminate if the debtor's non-performance of a contractual obligation is fundamental./ (2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if:/ (a) it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract, as applied to the whole or relevant part of the performance, unless at the time of conclusion of the contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; or/ (b) it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on».

¹²⁹ Art. IV.A.-4:201 DCFR de 2009: «Termination by consumer for lack of conformity/ In a consumer contract for sale, the buyer may terminate the contractual relationship for non-performance under Book III, Chapter 3, Section 5 (Termination) in the case of any lack of conformity, unless the lack of conformity is minor».

¹³⁰ Art. IV.A.-4:101 DCFR de 2009: «Limits on derogation from remedies for non-conformity in a consumer contract for sale/ In a consumer contract for sale, any contractual term or agreement concluded with the seller before a lack of conformity is brought to the seller's attention which directly or indirectly waives or restricts the remedies of the buyer provided in Book III, Chapter 3 (Remedies for Non-Performance), as modified in this Chapter, in respect of the lack of conformity is not binding on the consumer». Sobre el carácter imperativo de las normas protectoras, VENEZIANO: «As it was already mentioned, some questions regarding the European law on sales were particularly difficult to address within the CFR [refiriéndose al DCFR de 2008]. One of the crucial points is certainly to what extent the protection of the consumer (or the weaker party in general) may be enhanced by a greater use of protective mandatory provisions, compared to what we now find in the CFR. In fact, in failure to address this question was indicated as one of the main open issues of the PECL. Some commentators have criticized the PECL for no considering the importance of mandatory rules and, more generally, for begging the question of the underlying politics of contract law. The CFR on sales emphasizes the default character of its rule, but it does contain some specific mandatory rules in favour of consumers. While the issue is still open, it must be pointed out that mandatory rules are just one of the possible ways to reach the goal of protecting the weaker party, and that an excessive recourse to them may sometimes result in detriment to the weaker party (see an example the rigid «hierarchy of remedies» in the Consumer Sales Directive), or in the abandoning of protective measure by enterprises (as could be the case for an excessive rigidity of the provisions on the optional consumer guarantees)» [(2008) pp. 52-53, p. 51].

¹³¹ Art. III.-3:101 DCFR de 2009: «Remedies available/ (1) If an obligation is not performed by the debtor and the non-performance is not excused, the creditor may resort to

elección del comprador no es absoluto, pues ha de tenerse en cuenta el derecho del vendedor de subsanar la falta de conformidad del bien, derecho cuyo ejercicio limita la libre opción del comprador. Durante el tiempo de que dispone el vendedor (deudor) para subsanar la falta de conformidad, el comprador no puede resolver. (Arts. III.-3:201 a III.-3:205 DCFR de 2009¹³²).

Más allá de lo anterior, en el DCFR de 2009, como en los PEL S (*supra* [47]), se limita la cuantía de la responsabilidad del vendedor no profesional por la falta de conformidad; el límite es el precio del contrato (art. IV.A.-4:202 DCFR de 2009¹³³).

any of the remedies set out this Chapter./ (2) If the debtor's non-performance is excused, the creditor may resort to any of those remedies except enforcing specific performance and damages./ (3) The creditor may not resort to any of those remedies to the extent that the creditor caused the debtor's non-performance» (cfr. art. 8:101 PECL). Art. III.-3:102 DCFR de 2009: «Cumulation of remedies/ Remedies which are not incompatible may be cumulated. In particular, a creditor is not deprived of the right to the damages by resorting to any other remedy» (cfr. art. 8:102 PECL).

¹³² Art. III.-3:201 DCFR de 2009: «Scope/ This Section applies where a debtor's performance does not conform to the terms regulating the obligation». Art. III.-3:202 DCFR de 2009: «Cure by debtor: general rules/ (1) The debtor may make a new and conforming tender if that can be done within the time allowed for performance./ (2) If the debtor cannot make a new and conforming tender within the time allowed for performance but, promptly after being notified of the lack of conformity, offers to cure it within a reasonable time and at the debtor's own expense, the creditor may not pursue any remedy for non-performance, other than withholding performance, before allowing the debtor a reasonable period in which to attempt to cure the non-conformity./ (3) Paragraph (2) is subject to the provisions of the following Article». Art. III.-3:203 DCFR de 2009: «When creditor need not allow debtor an opportunity to cure/ The creditor need not, under paragraph (2) of preceding Article, allow the debtor a period which to attempt cure if:/ (a) failure to perform a contractual obligation within the time allowed for performance amounts to a fundamental non-performance;/ (b) the creditor has reason to believe that the debtor's performance was made with knowledge of the non-conformity and was not in accordance with good faith and fair dealing;/ (c) the creditor has reason to believe that the debtor will be unable to effect the cure within a reasonable time and without significant inconvenience to the creditor or other prejudice to the creditor's legitimate interests; or/ (d) cure would be inappropriate in the circumstances». Art. III.-3:204 DCFR de 2009: «Consequences of allowing debtor opportunity to cure/ (1) During the period allowed for cure the creditor may withhold performance of the creditor's reciprocal obligations, but may not resort to any other remedy./ (2) If the debtor fails to effect cure within the time allowed, the creditor may resort to any available remedy./ (3) Notwithstanding cure, the creditor retains the right to damages for any loss caused by the debtor's initial or subsequent non-performance or by the process of effecting cure». Art. III.-3:205 DCFR de 2009: «Return of replaced item/ (1) Where the debtor has, whether voluntary or in compliance with an order under III.-3:302 (Enforcement of non-monetary obligations), remedied a non-conforming performance by replacement, the debtor has a right and a obligation to take back the replaced item at the debtor's expense./ (2) The creditor is not liable to pay for any use made of replaced item in the period prior to the replacement».

En las Notas que preceden al DCFR de 2008 se indica que el derecho de subsanar del vendedor se generaliza, ubicándose en el Libro III [DCFR de 2008 *Interim Outline Edition*, VON BAR/CLIVE/SCHULTE-NÖLKE, etc., (2008) núm. 54 pp. 25-26].

¹³³ Art. IV.A.-4:202 DCFR de 2009: «Limitation of liability for damages of non-business sellers/ (1) If the seller is a natural person acting for purposes not related to that person's trade, business or profession, the buyer is not entitled to damages for lack of conformity exceeding the contract price./ (2) The seller is not entitled to rely on paragraph (1) if the lack of conformity relates to facts of which the seller, at the time when the risk

4. LA FALTA DE CONFORMIDAD Y LA RESOLUCIÓN EN LOS *PRINCIPLES OF THE EXISTING EC CONTRACT LAW* SEGÚN EL COMENTARIO OFICIAL

[49] En los *Principles of Existing EC Contract Law* (*Acquis Principles* o ACQP en adelante)¹³⁴ hay una particularidad que me interesa resaltar y que se refiere indirectamente al tema que me ocupa. Es esta que sigue: cómo se construye la falta de conformidad. Por otro lado, en el momento en que escribo estas líneas, el *Acquis Group* aún no ha publicado el previsto segundo volumen de los *Acquis Principles* en el que se tratará de los remedios por incumplimiento¹³⁵. No obstante, en el *Anuario de Derecho Civil* se ha publicado los preceptos que regulan los remedios por incumplimiento, traducidos al español por Esther Arroyo i Amayuelas, quien forma parte del *Acquis Group*. Esta traducción es la que voy a utilizar para *los remedios por incumplimiento*¹³⁶.

En una caracterización general de los *Acquis Principles* debo señalar que en ellos está la regla de que la resolución no es posible si el incumplimiento es de escasa importancia; como en los PEL S, se establece un orden jerárquico en los remedios por incumplimiento.

[50] El precepto clave para la falta de conformidad es el art. 2:201 ACQP (*Duty to inform about goods or services*). Según éste, antes de la celebración del contrato, una parte *dará a la otra información* relativa a los bienes o servicios que suministrará de acuerdo con lo que la otra pueda razonablemente esperar, *teniendo en cuenta los niveles de calidad y prestación que fueren normales según las circunstancias*¹³⁷.

passed to the buyer, knew or could reasonably be expected to have known and which the seller did not disclose to the buyer before that time».

¹³⁴ Todas las citas de: *Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms, Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles)* (2007) pp. IX-XX. Una visión crítica de los *Acquis Principles*, JANSEN/ZIMMERMANN (2008) pp. 505-534.

¹³⁵ *Contract II: Performance, Non-Performance, Remedies*.

¹³⁶ ARROYO I AMAYUELAS (2008-A) pp. 219-239. La autora comenta los *Acquis Principles* (2008-A) pp. 211-218 y (2008-B) pp. 49-157, en particular a partir de la p. 82.

¹³⁷ Art. 2:201 ACQP: «Duty to inform about goods or services/ Before the conclusion of a contract, a party has a duty to give to the other party such information concerning the goods or services to be provided as the other party can reasonable expect, taking into account the standards of quality and performance which would be normal under the circumstances».

El art. 2:102 ACQP dispone: «Legitimate expectations/ In pre-contractual dealings, a business must act with special skill and care that may reasonably be expected to be used with regard, in particular, to the legitimate expectations of consumers». En la lista de Directivas comunitarias que se citan en el Comentario A I 2 marginal 2 del art. 2:102 ACQP (pp. 68-69) están el Considerando (8) y los artículos 2.2.d) y 2.4 primera excepción de la Directiva 1999/44. Además: «The above mentioned directives and judgments make

En el Comentario A I marginal 1 del art. 2:201 ACQP se precisa que el precepto refleja las previsiones sobre conformidad del artículo 2 Directiva 1999/44, aplicables a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores (B2C)¹³⁸, así como las que se reflejan en el artículo 35 CISG para los contratos internacionales

clear that the standard of professional diligence and the concept of legitimate expectations is not limited to business to consumer transactions but is an overarching principle of Community law. Moreover, it should be taken into account that this concept is also reflected to some extent by the Vienna Sales Convention (art. 9 (1)-(2), art. 35), the Unidroit Principles (art. 9(2)) and PECL (Art. 1:103, 1:303)» [PFEIFFER/EBERS (2007) Comentario A I 2 marginal 6 p. 70)]. En el Comentario B I del art. 2:102 ACQP se señala que este precepto concreta la exigencia de buena fe en los tratos previos que contiene el art. 2:101 ACQP y, que los *Acquis Principles* contienen, en el art. 7:101 (2), una específica regla sobre las legítimas expectativas en relación con el cumplimiento [PFEIFFER/EBERS (2007) marginales 7 y 8; el art. 2:101 ACQP dispone: «Good faith/ In pre-contractual dealings, parties must act in accordance with good faith». El ámbito de aplicación del art. 2:102 ACQP se limita a la fase precontractual y cuando interviene un profesional y un consumidor (B2C), pero el art. 2:102 ACQP «must no be construed as providing –by *argumentum e contrario*– that in a B2B context reasonable expectations of the parties are not protected at all. However, in B2B relations the relevance of such reasonable expectations has to be assessed on a case by case basis» [Comentario B I 3, PFEIFFER/EBERS (2007) marginal 9 p. 70].

El art. 7:101 (2) ACQP dispone: «Duty to perform/ (...)» (2) A business must perform its obligations with the special skill and care that may reasonably be expected to be used with regard, in particular, to the legitimate expectations of consumers». Entre las Fuentes de este art. 7:101 (2) ACQP se citan el Considerando (8) y el artículo 2.2.d) de la Directiva 1999/44 [AUBERT DE VINCENNES/MACHNIKOWSKI/PISULINSKI/ROCHFELD/SZPUNAR/ZOLL (2007) Comentario del art. 7:101 ACQP III 1 marginal 9 p. 258]. El art. 7:101 ACQP se refiere a toda clase de obligaciones: a las contractuales y a las que directamente surgen de la ley (como los deberes que regulan las normas del incumplimiento, *o los deberes precontractuales*; también se aplica a los deberes que surgen como consecuencia de la resolución del contrato). No se requiere categorizar la fuente de la obligación [Comentario B 2 y 3, AUBERT DE VINCENNES/MACHNIKOWSKI/PISULINSKI/ROCHFELD/SZPUNAR/ZOLL (2007) núms. 14 y 15 pp. 259-260]. El estándar de las razonables expectativas del acreedor, como medida para valorar la conformidad del cumplimiento con la obligación, se aplica a todos los acuerdos contractuales, no sólo a los contratos de consumo. La específica mención al consumidor del art. 7:101 (2) ACQP va dirigida a destacar que puede irse más allá de las puras palabras del contrato, a fin de asegurar la satisfacción de los legítimos intereses del consumidor. En otros contratos, principalmente en los B2B, las legítimas expectativas de la otra parte deben tenerse en cuenta, pero la exigencia de una predecible solución legal constituirá un factor importante. Las legítimas expectativas pueden resultar de las declaraciones del deudor o de las declaraciones realizadas por el acreedor, antes de la celebración del contrato y que no fueron corregidas por el deudor; asimismo ha de tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios [Comentario B 3 marginal 16 p. 260]. El ejemplo 5 es ilustrativo: «A commercial advertisement appearing in TV emphasizes certain features of the product. For a professional A, who is a dealer of such products, it is obvious that the advantages of the product are overestimated. For an average consumer this is not evident. If A buys these products from the producer, he cannot expect these features to exits. However, the advertised features could be legitimately expected by the average consumer» [AUBERT DE VINCENNES/MACHNIKOWSKI/PISULINSKI/ROCHFELD/SZPUNAR/ZOLL (2007) Comentario B 4 marginal 21 p. 261].

¹³⁸ Art. 1:201 ACQP: «Consumer/ Consumers means any natural person who is mainly acting for purposes which are outside this person's business activity». Art. 1:202 ACQP: «Business/ Business means any natural or legal person, irrespective of whether publicly or privately owned, who is acting for purposes relating to this person's self-employed trade, work or profession, even if this person does not intend to make profit in the course of this activity». Comenta estos artículos EBERS (2007) pp. 23-34; v. EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ ZIMMERMANN (2008) pp. 704-705.

entre empresarios (B2B)¹³⁹. Ahora en el Comentario A I 2 marginal 5 del art. 2:201 ACQP se señala, que *ni el artículo 2 Directiva 1999/44, ni el artículo 35 CISG se expresan en términos de exigencias de información. Pese a esto, se nos indica que «la conformidad con el contrato» del artículo 2 de la Directiva puede leerse en el sentido de que contiene una implícita obligación de información*. Además, según el artículo 2.4 de la Directiva 1999/44 el vendedor no responde si informa al consumidor de la no conformidad de los bienes¹⁴⁰.

La regla del art. 2:201 ACQP se aplica con independencia de la condición de los sujetos que intervengan en el contrato (sean profesionales, consumidores); pero el deber de información se moldea en función de quienes contraten. El art. 2:201 ACQP se aplica más allá de la compraventa; esto es, a todo tipo de contrato (se mencionan bienes y servicios)¹⁴¹.

El punto de partida para establecer la información que ha de suministrarse según el art. 2:202 ACQP es el nivel de calidad y de prestación que *serían normales* dadas las circunstancias del caso. Si no hay una información de que los bienes o servicios se desviaran del nivel normal, no hay mayor obligación de dar información. Pero, si *una parte* tiene información de que los bienes o servicios tienen *un menor nivel* de calidad que el normal, hay un deber de informar *a la otra parte*¹⁴².

¹³⁹ TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON (2007), p. 76; v. también Comentario A I marginal 2, p. 76.

¹⁴⁰ TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON añaden: «It is therefore possible to make explicit that both Art. 2 of the Consumer Sales D. and Art. 35 CISG appear to be based on a disclosure rule, and Art. 2:201 ACQP seeks to express this as such rule: if the goods do not fulfil the requirements of the «fit for normal purposes test» and the «normal quality and consumer expectations test», the seller is obliged to inform the consumer thereof. In view of the mandatory character of these tests, a general statement that the goods do not conform to the tests and other similar statements containing general information only are not sufficient in this respect. The lack of conformity can be avoided only with the help of specific information concerning the actual problem of quality or performance. Therefore it seems quite natural to speak about an indirect information requirement following from the provisions on conformity in the Consumer Sales D./ As the conformity tests of Art. 2 of the Directive expressly concern «the quality and performance» of the goods, only performance-related information is relevant in this context» [Comentario A I 2 marginal 5 p. 77].

V. ARROYO I AMAYUELAS (2008-A) pp. 213, 214, 218 y (2008-B) pp. 130-132.

¹⁴¹ TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, Comentario A I 2 marginal 7 p. 78 y en particular Comentario B I marginal 8 p. 78. Se indica que si el suministrador es un profesional y la otra parte un consumidor, la regla del art. 2:201 ACQP es imperativa. En el Comentario B I 2 marginal 9 se aclara: «The provisions in this chapter only deal with obligations to provide information. False and misleading information is not dealt with in this context» [(2007), p. 79].

¹⁴² TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON, Comentario B I 3 marginal 10, p. 79. Se añade: «In most circumstances, this duty will fall on the supplier of the goods or services. There may be circumstances where the recipient of the goods or services also has information that might affect the quality or performance of the goods or services, and there would then be a corresponding obligation to disclose that information to the other party./ Information relevant in this context often relates to sub-normal standards of quality of performance. How-

[51] El incumplimiento del deber de información del art. 2:201 ACQP puede encauzarse a través del incumplimiento.

El art. 2:207 (3) ACQP dispone que si una parte no cumple con los deberes que los artículos 2:201 a 2:206 ACQP imponen y *el contrato se ha celebrado*, el contrato contiene las obligaciones que la otra parte podría razonablemente esperar como consecuencia de la omisión de información o de una incorrección información. Y los remedios por incumplimiento que el Capítulo 8 de los *Acquis Principles* recoge, se aplican al incumplimiento de estas obligaciones.¹⁴³ [Cfr. arts. II.-3:101 a II.-3:109 DCFR de 2009¹⁴⁴].

En el Comentario del art. 2:207 ACQP se indica que el fundamento legal del apartado (3) son las previsiones de la no conformidad de la Directiva 1999/44 y de la CISG, que recoge el art. 2:201 ACQP¹⁴⁵. El art. 2:207 ACQP refleja la posición de que la información disponible en el marco precontractual puede afectar a la esencia de las obligaciones contractuales y tener como resultado el incumplimiento de obligaciones contractuales¹⁴⁶.

ever, other information concerning goods and services may be relevant as well. If, for example the supplier knows that the goods cannot be used for a particular purpose made known to him (cf. Art. 2 (2) (b) of Consumer Sales D.) the buyer can reasonably expect to be informed about the uselessness of the goods for his purpose./ Legal requirements related to the goods or services may be as relevant as physical ones. If the seller knows that the buyer is not allowed by law to use the goods in the way he plans, and the sellers is aware on these plans, he should inform the buyer of the legal obstacles» (p. 79). Entre los ejemplos que se indican, el del número 1: «A is the seller of a car, and B is the buyer. There are no problems with the car and it is of the quality normal for the type and make of car, and performs as normal. There is no obligation under this article on the seller to disclose any information» (Comentario B I 4 marginal 11, p. 79).

¹⁴³ Art. 2:207 (3) ACQP: «Remedies for breach of information duties/ (...)./ (3) If a party has failed to comply with its duties under Articles 2:201 to 2:206, and a contract has been concluded, this contract contains the obligations which the other party could reasonably expect as a consequence of the absence or incorrectness of the information. Remedies provided under Chapter 8 apply to non-performance of these obligations».

¹⁴⁴ V. EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN (2008) pp. 695-697.

¹⁴⁵ TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON (2007) Comentario A I marginal 1 p. 99.

¹⁴⁶ TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON (2007) Comentario B I marginal 7 p. 101; v. también Comentario A I 2 marginal 2 p. 100.

Está también la cuestión de si, además de los remedios por incumplimiento por la infracción de los deberes precontractuales de información, puede acudirse a figuras relativas a la validez del contrato o a cláusulas abusivas. En el Comentario B I marginales 8 y 9 se indica: «The remedies available for breach of pre-contractual information duties are partially found in other parts of contract law, related both to business-to-consumer relations as well as to other contractual relationships. In some situations an omission to give information can be misleading in a way that makes the general provisions on validity of contracts or validity of unfair contract terms applicable. Failure to comply with the duties in Art. 2:201 to 2:206 ACQP may have consequences within existing validity rules, e.g. when establishing whether there has been legal intention, fraud, etc, although those consequences may not amount remedies in the strict sense./ In other situations the omission can lead to such a difference between the other party's expectations and the actual performance that remedies for breach of contract may be available. In particular, if the omission to provide information leads to a situation in which the other party concludes a contract misinformed about some relevant facts, this party in a contract of sale has the ordinary remedies

[52] En cuanto a los remedios por incumplimiento¹⁴⁷, los *Acquis Principles* establecen un sistema jerarquizado, siendo la resolución un remedio de segundo grado¹⁴⁸. Además, la resolución no procede si el incumplimiento es de escasa entidad, terminología distinta de la del incumplimiento esencial de la Convención de Viena¹⁴⁹. El art. 8:301 (1) ACQP es el que dispone las anteriores reglas¹⁵⁰. En estos aspectos, los ACQP han generalizado el sistema de la Directiva 1999/44.

for lack of conformity to his disposal. As discussed above in the comments to Art. 2:201 ACQP, this rule can well be extended to contracts for the provision of services as well. As also mentioned it should be applied both in consumer relations and in business-to-business relationships» [TWIGG-FLESNER/WILHELMSSON p. 101]. El art. 2:207 ACQP, apartados (1) y (2), dispone: «*Remedies for breach of information duties/* (1) If a business is required under Articles 2:203 to 2:205 above to provide information to a consumer before the conclusion of a contract from which the consumer has the right to withdraw, the withdrawal period commences when all this information has been provided. However, this rule does not postpone the end of the withdrawal period beyond one year counted from the time of the conclusion of the contract./ (2) Even if no contract has been concluded, breach of the duties under Articles 2:201 to 2:206 entitles to the other party to reliance damages. Chapter 8 applies accordingly».

¹⁴⁷ Art. 8:101 ACQP: «*Definición de incumplimiento/* Es incumplimiento cualquier cumplimiento insuficiente de una obligación, incluido el cumplimiento moroso, el cumplimiento defectuoso y la infracción del deber de cooperar con el fin de procurar la plena eficacia de la obligación» [traducción ARROYO I AMAYUELAS (2008-A) p. 235].

¹⁴⁸ Caracterizando al sistema de remedios por incumplimiento de los *Acquis Principles*, ARROYO I AMAYUELAS precisa: «En cuanto al incumplimiento, se asume la graduación y jerarquía de remedios que ofrece la Dir. 99/44 y se añade la posibilidad de exigir daños y perjuicios –solución generalizada a partir de la Dir 90/314 [viajes combinados]–, tanto si se infringe la prestación principal como otros deberes accesorios (vgr. art. 2:207 (2) y (3) ACQP; art. 4:108 ACQP)» [(2008-B) p. 99].

¹⁴⁹ ARROYO I AMAYUELAS: «La semejanza entre las provisiones del *Acquis* y el Convenio de Viena se aprecia en numerosos ejemplos. (...). Otro, los medios de tutela para el caso de incumplimiento, también comunes en el *acquis* y en el CV. Es, sin embargo, una diferencia fundamental el hecho de que en la Dir. 99/44 (art. 3) aparezcan jerarquizados. El dato es básico a la hora de valorar la gravedad del defecto que permite la resolución, puesto que no es seguro que «carácter esencial de la falta de conformidad (art. 25, 49.1 CV) sea expresión equivalente a «defecto que no sea menor o de escasa importancia» (art. 3.6 Dir. 99/44). Si se atiende a la estructura de los remedios en una y otra norma, no deberían reputarse expresiones sinónimas. En un sistema jerarquizado, el vendedor ha tenido antes la oportunidad de proceder a la sustitución o a la reparación. Si, no siendo el defecto una bagatela, no los ha autorizado (art. 3.3 Dir. 99/44), es razonable facilitar al comprador la resolución, mucho más que atender a la gravedad del defecto (que, sólo será determinante para saber si lo que en realidad procede es la rebaja del precio; será el caso si el defecto es nimio). Cuando, por el contrario, el comprador tiene un *ius variando*, como sucede en la CV, los criterios para apreciar la esencialidad del defecto deben ser más estrictos./ Los ACQP [art. 8:301 (1): v. siguiente nota] optan por la solución comunitaria, no sólo por ser preferente en el *acquis* sino porque, al decir de sus redactores, además equilibra mejor los intereses en juego» [(2008-B) pp. 124-125].

¹⁵⁰ Art. 8:301 ACQP: «*Resolución del contrato y reducción de la prestación/* (1) *El acreedor puede reducir su prestación de forma adecuada, o resolver el contrato:/* 1. Si el acreedor no tiene derecho al cumplimiento o a la corrección del incumplimiento, según la Sección 2, o/ 2. Si el deudor no ha hecho uso de los medios de tutela a que se refiere la Sección 2 en un plazo adecuado./ *El acreedor no tiene derecho a resolver el contrato si la prestación insuficiente del deudor equivale a un incumplimiento de escasa entidad./* (2) *Sin perjuicio del párrafo 1*, el acreedor tiene derecho a resolver el contrato por incumplimiento, si no es razonable esperar que el acreedor quede vinculado por el contrato, debido especialmente al tipo de incumplimiento o a la naturaleza de la obligación./ (3) (...)» [traducción de ARROYO I AMAYUELAS (2008-A) pp. 236-237; cursiva mía]. Dentro de la citada

II. SEGUNDA PARTE:

EL DERECHO ESPAÑOL

1. La resolución conforme al régimen del artículo 11.3 LGDCU

[53] Como en mi anterior estudio del Derecho europeo, mi preocupación en el Derecho español se centra en concretar si el requisito de la falta de conformidad de no escasa importancia (art. 121 TR *a contrario*) coincide o no con la exigencia de gravedad del incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC. En esta búsqueda he creído conveniente constatar *cuál es la situación jurídica existente antes de la entrada en vigor de la Ley de Garantías de 2003*. Esto me conduce al estudio de la resolución de la garantía del artículo 11.3.b) LGDCU. El tenor literal del artículo 11.3 LGDCU es:

«Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:

- a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.
- b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuere satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado»¹⁵¹.

1.1 Algunas opiniones doctrinales

[54] Del extenso panorama doctrinal, he elegido a dos autores cuyas opiniones resultan de interés. Se trata de García Cantero y de Alberto Bercovitz.

Sección 2, el artículo 8:202 ACQP: «*Obligaciones no pecuniarias/* (1) El acreedor tiene derecho a exigir el cumplimiento específico de una obligación no pecuniaria./ (2) El cumplimiento específico comprende la subsanación gratuita de una prestación no conforme con las condiciones que regulan la obligación de cumplimiento defectuoso en los términos pactados./ (3) Sin embargo, el cumplimiento específico no puede ser exigido, en la medida en que:/ (a) el cumplimiento fuere ilícito o imposible;/ (b) el cumplimiento fuere desproporcionadamente gravoso o caro; / (c) debido a la naturaleza personal de la prestación, el cumplimiento forzoso fuere inaceptable, o / (...)» [traducción de AMAYUELAS I ARROYO (2008-A) p. 236].

¹⁵¹ Artículo 11.3 LGDCU a coordinar con los artículos 11.2 LGDCU y 12 LOCM. En la SAP Alicante, 7.^a, 14.11.2001 (Pte. Valero Diez), en el FD 1.^o B) se explica con cierto detenimiento el artículo 11, 2 y 3, LGDCU.

[55] García Cantero, en 1992 y en su comentario del artículo 11 LGDCU, compara la resolución del artículo 11.3 LGDCU con la del artículo 1124 CC. A su entender, el régimen de ésta ha sido modificado en parte por el artículo 11.3 LGDCU. Este último tiene un supuesto de aplicación más amplio que el general.

En el ámbito de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y tratándose de bienes de naturaleza duradera¹⁵², la presencia de vicios o defectos originarios –dice García Cantero– no autoriza a solicitar sin más la resolución del contrato, sino únicamente la reparación de aquéllos. Para la resolución, *no es preciso que el defecto sea de tal gravedad que haga al bien de imposible aprovechamiento o que la insatisfacción del comprador sea total; basta con que el defecto sea originario y la reparación no haya sido satisfactoria*, para que el consumidor pueda optar entre la sustitución del bien o la resolución [art. 11.3 b) LGDCU]. Señala, además, que el Juez no puede dar plazo al vendedor para cumplir su obligación, siendo ésta una singularidad de la resolución del artículo 11.3.b) LGDCU en relación con la del artículo 1124 CC, con vistas a una mejor protección del consumidor¹⁵³.

[56] La opinión de García Cantero resulta muy interesante en la posterior aplicación de las Audiencias Provinciales. Así, su idea la recoge, con cita expresa del autor, la SAP Albacete, 2.^a, 20.9.2002 (Pte. Nebot de la Concha). Por la conexión con el pensamiento de este autor me voy a detener en esta sentencia, aunque más tarde me ocupe ampliamente de la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

El consumidor demanda al vendedor y al fabricante, porque el vehículo entregado adoleció de vicios en el sistema de frenado. Suplica la resolución del contrato y la reparación de daños; subsidiariamente, la reparación del vehículo e indemnización. El Juzgado de Primera Instancia desestima la resolución *porque el defecto no hace completamente inhábil la cosa para el fin que le es propio o su valor de reparación no es claramente desproporcionado en relación con el valor total de la cosa* (FD 2.^o *in fine*). El comprador apela con idéntico *petitum*. La Audiencia Provincial estima la resolución del contrato y condena a la reparación de daños.

La Audiencia Provincial destaca que la garantía de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios *es una innovación y que la doctrina del aliud pro alio decae ante la misma*. En la garantía del artículo 11 LGDCU están presentes las ideas de los

¹⁵² Sobre estos bienes: FENOY PICÓN (2006) nota 57, pp. 99-102; *idem* (2001), núm. 668, p. 2489 y nota 36. Cfr. DT 2.^a TR; Anexo II del RD 1507/2000.

¹⁵³ GARCÍA CANTERO (1992) en nota 92 de la p. 387 y p. 387.

vicios originarios, de que el bien ha de tener las condiciones óptimas para cumplir el uso a que se destina y de que dicho bien ha de reunir una calidad o nivel de prestación (FD 3.º)¹⁵⁴. En cuanto a la reparación, remedio al que en primer lugar debe acudir el consumidor, la Audiencia Provincial señala que dicho requisito se cumple cuando el consumidor ha requerido la reparación y el garante se ha negado a hacerla de manera gratuita (FD 4.º)¹⁵⁵.

No es esta, en modo alguno, una sentencia aislada. Se comprobará en el siguiente epígrafe, en el que analizo las sentencias de las Audiencias Provinciales que aplican la garantía del artículo 11 LGDCU (*infra* [58] ss., en particular a partir del [61]).

[57] Alberto Bercovitz, cuando la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 llevaba pocos años vigente (en 1987), destaca también la mayor protección que la garantía del artículo 11 LGDCU ofrece al consumidor, en relación con los defectos de que pudiera adolecer el bien. En este caso la compara-

¹⁵⁴ SAP Albacete, 2.ª, 20.9.2002 (Pte. Nebot de la Concha): «Tercero.– Este Tribunal no comparte esa tesis. Siguiendo la doctrina científica, véase D. Gabriel García Canto cuando habla del «régimen de garantía de bienes de naturaleza duradera en Comentarios a la Ley General de, Consumidores y Usuarios», parece claro que la Ley, esa Ley, representa una innovación y no un régimen repetitivo de la compraventa, así, cuando hablamos de consumidores la doctrina del «aliud pro alio» decae ante conceptos como vicios o defectos originarios (art. 11-3-a) condiciones óptimas para cumplir el uso que estuviese destinado (art. 11-3-b) y de calidad o nivel de prestación (art. 11-1). Obvio resulta que habrá que analizar, en cada caso, si nos encontramos ante algunos de estos supuestos y en autos parece claro que cuando hablamos de automóviles y de sistema de frenado, un defecto en este supone no solo que no se dan las condiciones óptimas para la conducción normal, sino que además el riesgo propio y de terceros es patente. En consecuencia entiende este Tribunal que ese primer requisito, verdaderamente controvertido en el proceso, sí concurre para esa pretensión resolutoria que se pretende».

¹⁵⁵ SAP Albacete, 2.ª, 20.9.2002 (Pte. Nebot de la Concha): «Cuarto.– El precepto que se invoca, amparador de la pretensión que se ejercita, es en esencia ese apuntado artículo 11 de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios. Y lo es en concreto en su párrafo tercero que además requiere otros requisitos. No vamos a examinar el concepto y la subsunción del automóvil en el concepto de bien de naturaleza duradera (...) y si en cambio vamos a examinar, por controvertida, esa exigencia del legislador de que para que se opte por la devolución del precio pagado o la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características, se requiere previamente que la reparación efectuada no fuere satisfactoria. La tesis de los demandados apelados de improcedencia de la resolución contractual deviene de la inexistencia de una previa reparación. Este Tribunal entiende, entre otras razones porque si no siempre quedaría en manos del garante esta garantía, que el requisito se cumple con que el consumidor requiera a aquel que proceda a la reparación, dándose la condición exigida si el garante se niega a esa reparación gratuita. Supuesto este que se da en autos y del que constituye prueba no solo la documentación obrante en autos sino también el propio proceso». En el FD 5.º: «Se dan pues todos y cada uno de los requisitos que contempla ese artículo 11 referido para la resolución contractual y ello incluso con independencia de que fuera ese vicio del sistema de frenado del accidente por el que se reclama, lo que luego se examinará. Y ello por cuanto son dos cuestiones distintas. El coche estaba mal «de fábrica» (expresión que ha de entenderse como defectuoso antes de la venta) y no ha querido ser reparado constituye motivo suficiente para la defensa del consumidor, amparado en la normativa referenciada. Otras cosa es, que además, ese vicio fuera el causante del accidente que provocó otros daños al vehículo, que también se reclaman, y que como se ha dicho luego examinaremos».

ción no la establece con la resolución del artículo 1124 CC, sino con el saneamiento por vicios ocultos.

Este autor afirma que la garantía del artículo 11 LGDCU no pretende disminuir la protección del consumidor por debajo de lo que establece el artículo 1486 CC. Propone una interpretación armónica de estos preceptos, en el sentido siguiente: si el defecto hace impropia a la cosa para el uso a que se destina o lo disminuye de tal modo que si lo hubiera conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio, el comprador dispone de las acciones edilicias. En cambio, si los defectos son de «menor entidad», el consumidor dispone de la garantía del artículo 11 LGDCU pues, esta garantía persigue que el bien tenga «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado». ¹⁵⁶

1.2 La jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en torno a los requisitos de la resolución del artículo 11.3 LGDCU

[58] Es abundante el número de sentencias de las Audiencias Provinciales en las que de un modo u otro está presente la garantía del artículo 11 LGDCU. Voy a dar cuenta fundamentalmente de aquéllas que se refieren a la resolución, aunque también menciono algunas otras referidas a la sustitución del bien ¹⁵⁷ (remedio alternativo a la resolución ¹⁵⁸) y otras referidas a la reparación del bien. La alusión a estas otras sentencias se debe al interés que presentan en

¹⁵⁶ BERCOVITZ Alberto (1987) p. 157.

¹⁵⁷ En la jurisprudencia analizada, la sustitución del bien adquirido no ha de ser necesariamente por otro bien de las mismas características [art. 11.3.b) LGDCU], lo cual encuentra justificación en la peculiaridad del caso. Así, en la SAP Soria, 20.11.2002 (Pte. Carnicer Jiménez de Azcárate). El consumidor adquirió un soldado que se instaló en su vivienda. El soldado producía de forma anormal electricidad estática, haciendo inaguantable la vida ordinaria en la vivienda. El fabricante indicó que ese tipo de soldado podía dar lugar a dicho fenómeno si la humedad relativa es muy baja; el tratamiento con un producto antiestático podría solucionarlo, aunque no eliminaría definitivamente el problema. El vendedor no informó al consumidor de la posibilidad de este fenómeno. Aplicando el derecho del consumidor a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características del artículo 11.3.b) LGDCU, la Audiencia Provincial señala que el vendedor está obligado «a restituir el soldado instalado en la vivienda del demandado por otro tipo de suelo cuyas características y calidad garanticen que no se van a producir los efectos y problemas surgidos que han sido referidos, en cuyo momento surgirá la obligación de pago del demandado» (FD 4.º; si bien la obligación de pago del consumidor no aparece en el fallo; cursiva mía). En la SAP Santa Cruz de Tenerife 4.º, 3.11.2003 (Pte. Aragón Ramírez), en la sentencia de instancia se condenó a los demandados: «1.-) A entregar a la actora [la consumidora] un vehículo nuevo Citroën (...) (o modelo equivalente, con su garantía preceptiva, con la lógica devolución por el actor del vehículo hoy litigioso). Alternativamente (...)» (cursiva mía; *infra* nota 177).

¹⁵⁸ Frecuentemente se destaca que corresponde al consumidor la facultad de optar entre la sustitución del bien o la resolución del contrato. Por ejemplo: SAP Santa Cruz de Tenerife, 1.ª, 25.9.2006 (Pte. Navarro Miranda) FD 3.º; SAP Valencia, 7.ª, 5.12.2005 (Pte. Ibáñez Solaz) FD 2.º; SAP Zamora, 1.ª, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo) FD 3.º (*infra* nota 178); SAP Cantabria, 2.ª, 30.11.2004 (Pte. López del Moral Echeverría); SAP Valencia, 9.ª, 17.6.2003 (Pte. Caruana Font de Mora) FD 2.º; SAP Madrid, 20.ª, 6.9.1999 (Pte. Castro Martín) FD 3.º. V. sin embargo, la SAP Madrid, 12.ª, 22.2.2006 (Pte. Alía Ramos) FD 5.º [*infra* nota 170 c)].

relación con la resolución del artículo 11 LGDCU, aun tratando de remedio distinto. Doy asimismo unas indicaciones sobre la carga de la prueba, con las que inicio la exposición que sigue.

A) *La carga de la prueba*

[59] Una cuestión que está presente en la aplicación de las Audiencias Provinciales de la garantía del artículo 11 LGDCU es la de la carga de la prueba. Se percibe, además, una relación entre este precepto con los artículos 25 a 28 LGDCU.

Suele destacarse que el consumidor ha de probar el no funcionamiento correcto del bien o los daños padecidos a causa de la utilización del producto, presumiéndose *iuris tantum* el carácter originario del defecto. Si el vendedor (o/y el fabricante, por haber sido demandado) no demuestran que el defecto del bien es imputable al mal uso hecho por el consumidor o por las personas de las que éste deba responder (art. 25 LGDCU), dicho vendedor (o/y fabricante) responden (término empleado en sentido amplio). Esta doctrina sobre la carga de la prueba se refiere al momento inicial: cuando el comprador exige la reparación. Otra cosa es cómo se prueba el supuesto de la resolución.

Para poder resolver es necesario que no haya tenido éxito el previo intento de reparación del bien [art. 11.3.a) LGDCU]. Situados en este otro momento, alguna sentencia indica que el consumidor tiene la carga de probar la avería y que la reparación no resultó satisfactoria (así sucede en la SAP Salamanca, 1.^a, 4.11.2005, Pte. Gómez Herrero).¹⁵⁹ En otras ocasiones, las Audiencias Provincia-

¹⁵⁹ En la SAP Salamanca, 1.^a, 4.11.2005 (Pte. Gómez Herrero), el consumidor había adquirido una vídeo cámara, cuya pantalla presentó averías. Fue llevada al vendedor dos veces, reparándose. Hubo además una tercera vez, remitiéndose la vídeo cámara al fabricante, quien indica que presentaba un funcionamiento correcto (FD 1.^º). El consumidor recurre en apelación la sentencia que desestimó su petición de resolución del contrato. La Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia: el consumidor no probó la reparación no satisfactoria del bien. En el FD 3.^º: «(...) el comprador de la vídeo cámara, que reclama (...), lo hace sobre la base de que prácticamente desde que le fue entregada ha sufrido constantes averías, con entrada en taller de hasta tres veces, realizándose reparaciones con instalación y recambio de importantes piezas, entendiendo que simplemente con esta constatación es suficiente para lograr el éxito de la acción ejercitada, lo cual no resulta, ajustado a las normas de la prueba (...), pues al demandante consumidor le corresponde probar que la videocámara que le fue vendida dentro del período de garantía ha sufrido averías y que la reparación de las mismas no ha resultado satisfactorias dejando a la misma en condiciones óptimas para servir al uso o destino que le es propio. En el caso, el actor ha probado que la videocámara ha sufrido averías, las cuales se han intentado corregir mediante las reparaciones correspondientes y la colocación de las piezas que se han estimado necesarias, pero lo que no se ha probado –carga de la prueba que corresponde al actor consumidor– es que las reparaciones verificadas no hayan resultado satisfactorias al mismo en condiciones óptimas de servir al uso y destino que le es propio. Por tanto, si el actor consumidor, en el supuesto de averías que se han intentado corregir mediante las reparaciones que la técnica *ad hoc* aconseje, no prueba que las mismas no han sido satisfactorias

les han indicado que corresponde al garante demostrar, que realizó satisfactoriamente la reparación si quiere evitar la resolución; también puede probar el mal uso del consumidor.¹⁶⁰

Además de esta doctrina sobre la carga de la prueba, encontramos otros dos aspectos en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales de los que conviene que dé cuenta. Así, alguna vez se recuerda el sistema de responsabilidad objetivo que contiene el artículo 28 LGDCU¹⁶¹. Y es habitual hasta cierto punto la mención

y el objeto de las reparaciones no ha adquirido, mediante las mismas, la cualidad óptima para uso y destino, se ha de entender que no puede adquirir el derecho a la sustitución del objeto o a la devolución del precio, dado que esta opción está subordinada al cumplimiento de reparación no satisfactoria y a la cualidad óptima para cumplir con el uso o destino del objeto adquirido, en tanto no pruebe el supuesto de que parte el precepto. En el caso examinado, el actor no lo ha probado, por lo que el recurso se hace desestimable, declarando la confirmación de la sentencia apelada».

¹⁶⁰ Sobre la carga de la prueba, entre otras: SAP Badajoz, 3.^a, 26.7.2005 (Pte. Souto Herreros) FD 2.^º (*infra* nota 171); SAP Tarragona, 3.^a, 17.5.2005 (Pte. Cerdá Miralles) FD 1.^º en donde se relacionan los artículos 11 y 28 LGDCU; SAP Zamora, 1.^a, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo) FD 3.^º (*infra* nota 178); SAP Badajoz, 3.^a, 28.9.2004 (Pte. Gómez Flores) FD 2.^º (*infra* nota 171); SAP Valencia, 9.^a, 30.6.2004 (Pte. Martorell Zulueta) FD 2.^º (la demanda es de reclamación de cantidad, que se estima); SAP Valencia, 7.^a, 29.6.2004 (Pte. Ibáñez Solaz) FD 2.^º, 2.^º; SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, 3.11.2003 (Pte. Aragón Ramírez) FD 4.^º; SAP Cantabria, 2.^a, 4.11.2002 (Pte. Sagüillo Tejerina) FD 3.^º; SAP Las Palmas, 5.^a, 7.3.2002 (Pte. García Van Isschot) FD 2.^º [*infra* nota 170 g)]; SAP Alicante, 7.^a, 14.11.2001 (Pte. Valero Diez) FD 2.^º; SAP Asturias, 4.^a, 22.2.2000 (Pte. Álvarez Sánchez) FD 4.^º; SAP Barcelona, 16.^a, 20.11.1998 (Pte. Seguí Puntas) FD 2.^º [*infra* nota 174 c]). Algunos autores entienden que, probado el defecto del bien, se presume el carácter originario: FENOY PICÓN (2001), nota 36 en p. 2489 letra k).

En la SAP Madrid, 10.^a, 25.9.2006 (Pte. González Olleros), a propósito de la carga de la prueba, se destaca que al actor le basta con probar la existencia del defecto, siendo el demandado quien ha de probar la inexistencia del vicio; el demandado también debe probar que la reparación o reparaciones fueron satisfactorias para el uso por el que se compró el bien; y asimismo tiene la carga de probar la culpa exclusiva del consumidor o usuario en el uso [FD 5.^º; sobre esta sentencia *infra* nota 172 a)]. En similar línea, la SAP, Madrid, 12.^a, 22.2.2006 (Pte. Alía Ramos) FD 3.^º *in fine*. En la SAP Asturias, 1.^a, 22.1.2001 (Pte. Martín del Peso), en el FD 2.^º, se relacionan los artículos 11 y 25 ss. LGDCU y se señala que hay una inversión de la carga de la prueba en beneficio del consumidor; la sentencia se sitúa cuando ya ha tenido lugar la reparación del vehículo y se indica que corresponde al garante acreditar que hizo correctamente la reparación (FD 2.^º). Sobre esta SAP Asturias, 1.^a, 22.1.2001, *infra* nota 181.

¹⁶¹ Entre otras, por ejemplo la SAP Valencia, 7.^a, 10.4.2006 (Pte. Lahoz Rodrigo). Se adquirió un vehículo marca BMW que presentaba vibraciones en la dirección cuando se circulaba a la velocidad comprendida entre 90 y 100 kilómetros, con independencia del firme. Durante el plazo de garantía, se realizaron cinco reparaciones y ninguna logró subsanar el defecto. El comprador demanda al vendedor y al fabricante, ejercitando la resolución del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Recurren el vendedor y el fabricante. En su recurso, el vendedor alegaba inaplicación del artículo 11.3.b) LGDCU, porque los mecanismos de seguridad del vehículo no estaban afectados, sino que sólo estaba afectado el confort o comodidad y estos conceptos están excluidos de una inhabilidad total del objeto (doctrina del *aliud pro alio*). La Audiencia Provincial, que desestima tal alegación y confirma la sentencia de instancia, indica: «No se comparte el razonamiento de la parte recurrente, no solo porque contradice la imagen comercial de la marca que vende seguridad y confort como analiza el juzgador de instancia, sino porque impone al consumidor unas condiciones que exceden del contrato pues si en cinco ocasiones no han sido capaces de eliminar las vibraciones en la conducción, no es admisible que se pretenda imponer al adquirente del vehículo su uso en esas condiciones cuando el periodo de garantía está próximo a concluir. El artículo 28 de la LGDCU regula una responsabili-

de la conocida STS, 1.^a, 23.5.1991 (Pte: Villagómez Rodil)¹⁶² que señala que la garantía del bien ha de interpretarse de forma no perjudicial para los derechos del consumidor y teniendo en cuenta la confianza que inspiró para la compra del vehículo (el bien adquirido)¹⁶³.

B) Los requisitos de la resolución del artículo 11.3 LGDCU

[60] Hechas las anteriores aclaraciones sobre el funcionamiento de la carga de la prueba, procede explicar los requisitos de la resolución del artículo 11.3 LGDCU conforme a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales.

Se reiteran tres requisitos:

Primero.— La garantía ampara al consumidor de los defectos de la cosa preexistentes al momento de la celebración del contrato, aunque se manifiesten con posteridad, si bien dentro del período de garantía; esto es, los defectos han de ser originarios¹⁶⁴.

Segundo.— Para pedir la resolución no ha de ser posible la reparación «satisfactoria» del defecto. Si es posible, el único derecho del consumidor es la reparación gratuita del bien y la indemnización de daños y perjuicios¹⁶⁵. La ley [art. 11.3.a) LGDCU] ofrece

dad objetiva, extensible al ramo de automóviles en base al apartado 2, e impone la responsabilidad por los daños originados en el correcto uso de bienes cuando por su propia naturaleza incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. *Por lo tanto, la legislación aplicable es la especial en materia de consumo y, en particular el artículo 13-3-b) [sic 11.3.b)] que debe ponerse en armonía con el 28, de ahí que si efectuada la reparación no se alcanza la condición óptima para cumplir el uso a que estuviere designado, el titular de la garantía tendrá derecho a la devolución del precio pagado. En el presente caso no cabe la menor duda de que durante el período de garantía el vehículo no ha recuperado las condiciones óptimas de uso por lo que procede la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia en cuanto condena a ENGASA S.A.» (FD 1.^º del recurso del vendedor; cursiva mía).*

¹⁶² La comenta BERCOVITZ Rodrigo (1991) pp. 603 ss.; v. FENOY PICÓN (2001) pp. 2485-2488.

¹⁶³ Entre otras, la mencionan: SAP Asturias, 5.^a, 13.11.2007 [Pte. Álvarez Seijo; *infra* nota 170 a)]; SAP Zamora, 1.^a, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo) FD 3.^º (*infra* nota 178); SAP Valencia, 9.^a, 17.6.2003 (Pte. Caruana Font de Mora) FD 2.^º; SAP Asturias, 1.^a, 22.1.2001 (Pte. Martín del Peso; *infra* nota 181) FD 2.^º; SAP Asturias, 4.^a, 22.2.2000 (Pte. Álvarez Sánchez) FD 2.^º.

¹⁶⁴ SAP Santa Cruz de Tenerife, 1.^a, 25.9.2006 (Pte. Navarro Miranda) FD 3.^º.

¹⁶⁵ En las dos siguientes sentencias, el consumidor encargó a un tercero la reparación, exigiendo después su pago del vendedor:

a) En la SAP Baleares, 3.^a, 6.3.2003 (Pte. Gómez Martínez), el consumidor había adquirido un automóvil que tuvo una grave avería. El vendedor (cuyos talleres estaban en Palma de Mallorca) se negó a pagar la factura de un taller de San Sebastián (tercero), al que el consumidor había llevado el coche (pues allí residía); en la factura se detallaban las partidas de custodia y confección de presupuesto. El consumidor demanda al vendedor, suplicando su condena al pago de cierta cantidad, entre cuyas partidas figura la

al garante la oportunidad y el derecho de cumplir, a través de la reparación.

Esta idea aparece en la SAP Jaén, 2.^a, 19.12.2005 (Pte. Morales Ortega). En primera instancia, se accedió a la resolución de la compraventa del vehículo de segunda mano, suplicada por el consumidor. El vendedor recurre y alega, entre otras cosas, que se le había privado de la posibilidad de reparar el vehículo, en cumplimiento de la garantía (FD 1.^º *in fine*). El vendedor ofreció reparar, pero el consumidor no lo admitió (por desconfianza; decía haberse sentido engañado). La Audiencia Provincial admite que el consumidor impidió al vendedor «ese cumplimiento previo y prioritario a la posibilidad secundaria o de segundo grado de optar por la resolución pretendida para supuestos como el presente establece el artículo 11.3.c) [sic, b)] LGDCU» (FD 2.^º). De ahí que estime el recurso del vendedor, revoque la sentencia de instancia y desestime la demanda del consumidor.¹⁶⁶

La resolución también es oportuna *si el vendedor (o/y el fabricante, si se le demanda) se han negado a llevar a cabo la reparación*¹⁶⁷.

Aunque resuelva correctamente el caso, la SAP Pontevedra, 1.^a, 11.4.2003 (Pte. Picatoste Bobillo) lleva a cabo, en mi opinión, una interpretación estricta del artículo 11.3.b) LGDCU. La Audiencia señala que el artículo 11.3 LGDCU «contempla sólo el supuesto de una *reparación realizada*, pero de resultados malogrados, de manera que la insatisfacción se mide en función de esta frustración» (FD 2.^º, cursiva mía). Para la Audiencia Provincial, el precepto no contem-

del coste de reparación del vehículo. En primera instancia se estima la demanda, sentencia que confirma la Audiencia Provincial. La Audiencia señala que el cumplimiento *in natura* (art. 1091 CC) es preferible al cumplimiento por equivalente (indemnización de daños del artículo 1101 CC), si ello es posible y en el caso, la reparación devino muy difícil (FD 3.^º; básicamente por la actitud que adoptó el vendedor). En relación con la garantía del artículo 11 LGDCU, señala: «[d]icho precepto establece unos mínimos que el juez «a quo», al conceder a la compradora el precio de la reparación y una indemnización de daños y perjuicios no hace sino respetar, máxime cuando la reparación, como hasta aquí se ha razonado, se ha dificultado por la conducta de la propia vendedora. *Si procede la indemnización cuando la reparación es insatisfactoria, con más razón procederá cuando ha devenido prácticamente imposible.* En consecuencia, la sentencia de primera instancia, en cuanto condena a la demandada al cumplimiento por equivalente, es decir, al abono a la actora del precio en el que el perito ha valorado la reparación del coche, se ajusta a las previsiones del artículo 1101 del CC» (FD 3.^º *in fine*).

b) En la SAP Alicante, 7.^a, 14.11.2001 (Pte. Valero Diez), el vehículo adquirido por el consumidor tuvo, a los pocos días de su entrega, una grave avería. El vendedor se negó a repararlo y el consumidor, dada la necesidad de uso que tenía, encargó la reparación a un taller. El consumidor reclama el pago del precio de la reparación. En primera instancia se desestima la demanda, pero la Audiencia Provincial estima en parte el recurso y condena al pago de 239.182 pesetas (el coche había costado 345.000 pesetas).

V. SAP Asturias, 5.^a, 13.2.1998 (Pte. Luces Gil) *infra* nota 185.

¹⁶⁶ V. *infra* nota 170, d).

¹⁶⁷ Por ejemplo, SAP Albacete, 2.^a, 20.9.2002 (Pte. Nebot de la Concha), *supra* [56].

pla los casos en los que la posible reparación supone sacrificios o privaciones desproporcionados para el consumidor (FD 2.º).

En este caso, el consumidor había comprado un teléfono móvil de última generación que tuvo un problema de *software*, siendo difícil la reparación por no haber herramientas necesarias para poder hacerla y porque la única persona que en España podía realizarlo, estaba, en esas fechas, de vacaciones en Finlandia. La Audiencia Provincial considera *que una semana es tiempo razonable para hacer la reparación y que no lo fue el empleado*. La Audiencia estima la pretendida desvinculación por parte del comprador *con base en el artículo 1486 CC (y art. 1484 CC)*. No obstante, de la lectura de la sentencia puede entenderse, que inicialmente el derecho a la reparación del móvil sería la garantía del artículo 11 LGDCU¹⁶⁸ (primer FD 4.º; hay otro FD 4.º sobre costas procesales)¹⁶⁹. En la solución de esta sentencia, está presente la

¹⁶⁸ Aunque la existencia de un servicio postventa permite solicitar la reparación: en la sentencia también se cita el artículo 11.5 LGDCU.

¹⁶⁹ El 29 de enero de 2002 el consumidor adquirió el móvil. Descubierto el problema del *software*, lo lleva a reparar al vendedor, quien lo remite a un servicio técnico, que lo devuelve sin reparación al no comercializarlo. El vendedor remite el móvil a otro servicio técnico, transcurriendo el tiempo sin que se repare. El consumidor pide la resolución del contrato. Presenta su demanda el 15 de abril de 2002 y el 30 de abril, estando en curso la litis, se entrega el teléfono (FD 1.º). En primera instancia se desestima la demanda. El comprador recurre y la Audiencia Provincial estima el recurso. Como he señalado fundamental la solución en los artículos 1484 y 1486 CC y destaca –idea que me interesa– que *el móvil es un bien que se necesita de inmediato y si se tarda en reparar, es razonable entender que el comprador no lo hubiera adquirido* (en la sentencia no se indica si se ofreció al comprador otro móvil, mientras se llevaba a cabo la reparación; tratándose de vehículos automóviles, en algunas de las sentencias se describe cómo, durante la reparación, se entregó al consumidor otro vehículo para que lo utilizare entretanto: el denominado vehículo de cortesía).

Según la SAP Pontevedra, 1.ª, 11.4.2003 (Pte. Picatoste Bobillo): «*Pero la entidad del vicio, su propia caracterización, habrán de medirse en el contexto de las circunstancias de cada caso, esto es, del servicio que la cosa ha de prestar, y por consiguiente, no sólo ha de valorarse el carácter intrínseco y permanente de la deficiencia de la cosa, sino que, en aquellos casos en que sea reparable, ha de considerarse el sacrificio y coste que para el comprador puede suponer la decisión por la reparación si ello comporta una privación prolongada de la cosa, no querida ni esperada, de modo que se haga ilusoria la disponibilidad –y, por ende, efectiva eficacia funcional– de la cosa más allá de la tolerancia en el tráfico que razonablemente pueda esperarse de un comprador medio, de tal modo que, de haberse conocido tal limitación, no se hubiese adquirido la cosa. (...)/ Lo dicho cobra mayor relieve si el bien de que se trata es de aquellos que están llamados a cubrir de forma inmediata una necesidad de uso, del que se ve privado durante tal inusual plazo de tiempo por razón de las dificultades de reparación que hacen perfectamente presumible y razonable que de conocerse oportunamente las consecuencias de ese vicio el comprador no la hubiera comprado./* En el caso enjuiciado de las manifestaciones hechas por el demandante en el curso del juicio, se aprecia claramente que estaba absolutamente fuera de su previsión la inusual tardanza, la especial dificultad que la reparación planteaba y el inesperado quebranto que ello le acarreaba al privarle del uso de la cosa de forma en principio indefinida, de manera que actuó confiado en la idea de que en una semana estaría rectificado el defecto; fue precisamente la comprobación de tal falacia lo que le llevó a optar por la resolución del contrato./ (...)./ No es en modo alguno irrazonable admitir que el demandante no hubiera comprado el teléfono o hubiese optado por otro modelo, de haber conocido que la rectificación de los vicios originarios del *software*, por causa de las

exigencia de que la reparación *debe hacerse en un plazo razonable*. Es una regla que no explicitaba de manera expresa el artículo 11 LGDCU, de ahí seguramente que la Audiencia acudiera al saneamiento. Hoy el artículo 120.b) TR lo requiere de manera expresa.

Finalmente en la SAP Tarragona, 3.^a, 17.5.2005 (Pte. Cerdá Miralles) se precisa, que el consumidor que ya ha soportado una reparación infructuosa de la avería, *no está obligado a soportar otra nueva reparación de la misma avería* (FD 1.^o). Y en la SAP Madrid, 20.^a, 6.9.1999 (Pte. Castro Martín) se afirma, que no se puede exigir del comprador *que persista indefinidamente en el intento de conseguir el adecuado funcionamiento del bien* (un ordenador) (FD 3.^o *in fine*).

Tercero.— Para resolver el contrato, con base en la garantía del artículo 11 LGDCU, *basta* —destacan las Audiencias Provinciales— con que el objeto no tenga las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviere destinado. Las Audiencias Provinciales suelen precisar, que *no es necesario que el defecto provoque la inutilidad total o parcial del bien*.¹⁷⁰ Esta idea estaba ya recogida

dificultades técnicas y de servicio asistencial, iba a posponer de modo tan grave la disponibilidad y disfrute de la cosa comprada./ (...) no puede entenderse que el comprador (que desde luego no ha sido informado de todos esos particulares por el vendedor al tiempo de la compra), pese a haber optado inicialmente por la reparación, a la vista del curso de los acontecimientos, quede privado del ejercicio de la acción del artículo 1486 del CC. *Hay que entender que el uso resultará disminuido (...) no sólo cuando resulta mermada la utilización permanente a causa del defecto, sino también cuando aun siendo reparable para recuperar la plenitud funcional, el adquirente se ha de ver privado de la cosa por tiempo tan prolongado que de haberlo conocido no le habría interesado adquirirlo, especialmente cuando, (...) se trata de la compra de un teléfono móvil, está llamado a prestar un servicio inmediato y cubrir unas necesidades perentorias*» (primer FD 4.^o; cursiva mía).

¹⁷⁰ Son muchas las sentencias que afirman la doctrina expuesta en el texto. Sin perjuicio de otras de las que iré dando cuenta, por ejemplo:

a) En la SAP Asturias, 5.^a, 13.11.2007 (Pte. Álvarez Seijo) se señala: «Por su parte, la sentencia de 20-12-04 de la Audiencia Provincial de Zamora ha señalado que la interpretación del artículo 11.3 permite obtener la devolución *sin que sea precisa la inhabilidad total o parcial del objeto, pero sí la pérdida de condiciones óptimas de uso*. También declara esta sentencia que el papel importante que la garantía desempeña a la hora de adquirir el producto es puesta de relieve por el TS en la S 23-5-1991 al decir que ha de ser interpretada de forma no perjudicial para los derechos del consumidor y la confianza que le inspiró como motivo a tener en cuenta para adquirir un vehículo. Esta garantía —continúa la sentencia— implica la obligación profesional de reparar durante el plazo legal o pactado los defectos originarios que el bien presente por su falta de calidad con la que se vendió, que impliquen un menoscabo en el funcionamiento y uso normal del bien objeto del negocio realizado, atendidas sus propias circunstancias y características. Además —añade la sentencia— esa obligación por imperativo legal tiene que ser sin coste alguno para el consumidor y óptima para cumplir el uso a que esté destinado el bien. Si esa reparación del mismo no se lleva a cabo o se realiza defectuosamente es cuando surge el derecho de opción a favor del consumidor, bien de resolver el contrato dado el incumplimiento de la obligación del vendedor, bien de sustitución del objeto. Esta opción es de segundo grado en cuanto subsidiaria a la obligación de reparar por parte del vendedor o productor» (FD 2.^o). Se había adquirido un coche y sólo ocho días después, sufrió un incendio estando aparcado. El vendedor lo reparó

correctamente (FD 1.º). Según la Audiencia Provincial: «(...), es lo cierto que la pericia practicada puso de relieve que la reparación del vehículo tras el siniestro había resultado satisfactoria, de ahí que desde entonces hasta la actualidad el funcionamiento del mismo hubiese sido correcto./ En base a ello, la primera de las peticiones esgrimida en la demanda caería por su base, y tan es así que la propia actora [comprador] no incidió en dicha petición en su escrito de formalización, lógico por otra parte dado que tras el siniestro se cumplió sin paliativos con lo ordenado en el artículo 11-3-a) de la LGDCU» (FD 3.º).

b) En la SAP Girona, 2.ª, 18.5.2007 (Pte. Rey Huidrobo) se adquirió un vehículo nuevo que adoleció de varios defectos (ruido desmesurado, falta de potencia, etc.) con reiteradas entradas en taller para reparación (en cinco meses, cinco averías). En primera instancia se desestima la demanda. El consumidor recurre y la Audiencia Provincial declara resuelta la compraventa. El contrato se celebró el 30 de diciembre de 2003, procediendo la aplicación de la Ley de Garantías de 2003 (así, arts. 4, 5 y 7 LG). Se indica: «(...) en el presente caso es lógico pensar que el comprador haya perdido toda confianza en el vehículo y en otro del mismo tipo que lo sustituya, habiendo transcurrido varios años con el vehículo depositado en el concesionario sin que se haya arbitrado una solución al tema, por lo que la proporcionalidad de la petición resolutoria es patente, como también el derecho a la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad, de acuerdo con la legislación civil, (Disposición Adicional, párrafo 2.º de la LGVBC)» (FD 4.º). La Audiencia Provincial (FD 4.º) también señala que la resolución encajaría en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios; entre otras cosas, indica: «(...) y no puede asimilarse la falta de condiciones óptimas a *inhabilidad o ineptitud del objeto para servir a su destino, de manera que no es necesaria esta inhabilidad para que surja el derecho a la opción prevista en dicho precepto* (...).» Asimismo precisó, que el caso encajaba en la doctrina del *aliud pro alio* (FD 4.º). Esto es, aplicase lo que se aplicase, procedía resolver.

c) En la SAP Madrid, 12.ª, 22.2.2006 (Pte. Alía Ramos) se había adquirido un vehículo que tuvo diversas averías, unas, puntuales, otras de especial gravedad (desvíos y ruidos en la dirección, desgaste anormal de los neumáticos debido a que las cotas de dirección de convergencia de las ruedas delanteras y traseras estaban exageradamente fuera de las especificaciones del fabricante). El consumidor demandó al vendedor y al fabricante, interesando la sustitución del vehículo (petición principal) y subsidiariamente, la resolución del contrato, con base en la Ley 23/2003 (LG). En primera instancia se desestima la demanda, pues, entre otras cosas, se considera que la incorrecta alineación del tren de rodadura puede ser reparado de forma adecuada. El consumidor recurre. La Audiencia Provincial *aplica la LGDCU (iura novit curia)*, estima la resolución con base en el artículo 11.3.b) LGDCU y recuerda que éste no exige la inhabilidad total del bien: «(...), nos encontramos con que el artículo 11, núm. 3 de la Ley 26/1984 confiere al consumidor, (...), el derecho a la reparación gratuita de los defectos originarios del producto, y, si la misma no fuere satisfactoria, de modo que el objeto no revista las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el derecho a la sustitución del mismo por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado. *Dicho artículo no exige, para que surja el derecho conferido en el mismo, que se produzca una inhabilidad total, ni siquiera parcial, del objeto adquirido para el uso propio de su destino, sino que basta para la aparición de ese derecho que el mismo no revista «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado» por no haber sido reparado de manera satisfactoria; y no puede asimilarse la falta de condiciones óptimas a inhabilidad o ineptitud del objeto para servir a su destino, de manera que no es necesaria esta inhabilidad para que surja el derecho a la opción prevista en dicho precepto* (SS AP de Asturias de 22 de enero de 2001, Lérida de 20 de junio de 2001, Palencia 31 de julio de 2001, y Santa Cruz de Tenerife 25 noviembre 2002)» (FD 3.º). En el caso, la Audiencia entiende que el vehículo no tenía las condiciones óptimas para cumplir su finalidad (FD 4.º), por ello estima, en parte, el recurso. Rechaza la sustitución, en consideración a «las dificultades que al tiempo de ejecutarse la sentencia pueda presentar la sustitución del vehículo adquirido por otro nuevo de idénticas características, ante la posibilidad de su inexistencia en el mercado, o de una diferencia mayor de precio» (FD 5.º); estima la resolución.

d) En la SAP Jaén, 2.ª, 19.12.2005 (Pte. Morales Ortega), se había adquirido un vehículo de segunda mano que tuvo diversas averías. En primera instancia se estima la

resolución suplicada por el consumidor. Recurre el vendedor, quien alega: «(...) no ser los defectos denunciados de tal trascendencia que impidieran el uso del vehículo al fin para el que estaba destinado después de una simple reparación para su normal funcionamiento, no alcanzando pues la categoría de vicios ocultos que justifiquen la resolución, sino la de simples anomalías o averías por el uso; (...)» (FD 1.º). La Audiencia Provincial señala: «Así, cierto es que la interpretación del artículo 11.3 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, (...), permite obtener tal devolución sin que sea precisa la inhabilidad total o parcial del objeto, pero sí la pérdida de condiciones óptimas de uso, pero es que en el supuesto de autos, (...), mantienen que tales averías son fácilmente solucionables y de no muy costosa reparación, quedando el vehículo después habilitado para un funcionamiento totalmente normal, por ello se ha de concluir que en principio las pérdidas de aceite observadas no tienen la relevancia necesaria para estimar la acción de resolución accediendo a la opción que el artículo 1486 [sic] establece» (FD 2.º). La Audiencia Provincial estima el recurso del vendedor y desestima la resolución, querida por el consumidor. El consumidor se había negado a que el vendedor (que quería hacerlo) reparase el vehículo (v. *supra* [60] *Segundo*.-).

e) En la SAP Huelva, 3.ª, 22.11.2005 (Pte. García Valdecasas y García Valdecasas) se adquirió en febrero de 2002, un vehículo que presentó defectos (ruido en la dirección y vibración en el volante). El vehículo se reparó y entregó al consumidor, quien, posteriormente, sufrió un accidente. Se discute si la rotura de la barra de la dirección se produjo por el accidente (lo que defiende el vendedor) o si la barra se rompió antes por los defectos que el vehículo tenía en la dirección (lo que defiende el consumidor) (FD 2.º). El Juzgado de Primera Instancia declaró la resolución del contrato (consideró que la rotura de la barra no se debió a la colisión; sino que era previa, por un defecto de origen o por causa no imputable al conductor). Recurre el vendedor y la Audiencia Provincial confirma la resolución. En el FD 1.º, en relación con el artículo 11 LGDCU, se indica: «Y en cuanto a la alegación de que «la parte adversa...está peticionando el cumplimiento del régimen de garantía, en virtud del cual solicita o bien la sustitución del coche, o bien la resolución del contrato», debe señalarse que la viabilidad del derecho no queda supeditada a que la reclamación judicial del mismo se produzca dentro del período de garantía fijado en el contrato, sino que el artículo 11.3.b) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios lo que establece es que durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho a la reparación, o en su caso y si ésta no es satisfactoria, a la sustitución del objeto o a la devolución del precio, lo que rectamente entendido significa que bastará con que, como en el caso de autos, la reparación se haya intentado dentro del período de garantía por haberse manifestado el defecto dentro de ese mismo período, al margen de que la reclamación judicial, ante el incumplimiento del vendedor de la obligación impuesta en dicho precepto se produzca con posterioridad [infra nota 174, a)]. Este último precepto de otra parte, no exige para que surja el derecho que el mismo confiere al consumidor o usuario, que se produzca una inhabilidad total, ni siquiera parcial, del objeto adquirido para el uso propio de su destino, sino que basta para la aparición de ese derecho que el mismo no revista «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado» por no haber sido reparado a satisfacción del usuario para que surja el derecho en el titular de la garantía tendrá de sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o la devolución del precio pagado» (cursiva mía).

f) SAP Zamora, 1.ª, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo) FD 3.º (infra nota 178).

g) En la SAP Las Palmas, 5.ª, 7.3.2002 (Pte. García Van Isschot) se había vendido un coche deportivo que resultó tener defectos, que producían el recalentamiento del motor; aquéllos no fueron arreglados satisfactoriamente, haciendo inviable la continuación en la conducción so pena de inutilizar definitivamente el motor (FD 2.º). En primera instancia se estimó la resolución del contrato. Recurre el vendedor, alegando, entre otras cosas, que la resolución sólo procede cuando el incumplimiento recae sobre *elementos esenciales de lo adquirido* y en el caso no había incumplimiento serio; la resolución sólo cabe en caso de inutilidad absoluta de la cosa entregada, frustrando el fin del contrato. La Audiencia confirma la sentencia de instancia: «(...); y es que no se trata de que la cosa resulte absoluta y materialmente inservible para el uso a que se la destina, sino que es suficiente que su función se vea alterada de forma relevante y las prestaciones que de la

en la SAP Albacete, 2.^a, 20.9.2002 (Pte. Nebot de la Concha) a la que antes me he referido y que citaba expresamente a García Cantero (*supra* [56]).

[i] Expuestos los requisitos exigidos para la resolución, creo que la SAP Badajoz, 3.^a, 26.7.2005 (Pte. Souto Herreros) refleja en este punto la doctrina de las Audiencias Provinciales de modo bastante elocuente. Por eso me voy a referir a ella. En este caso se había celebrado un arrendamiento financiero de un vehículo nuevo. El vehículo entregado tenía vibraciones al frenar, que no se consiguieron reparar. El consumidor demanda al fabricante por este motivo y pide la resolución. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial estiman su petición. En lo que me interesa, la Audiencia Provincial afirma:

«(...) la venta de automóviles debe considerarse regida no sólo por los preceptos de los Códigos civil y mercantil atinentes al contrato de compraventa sino también por los del llamado «Estatuto del consumidor», lo que supone la plena aplicabilidad al supuesto debatido del régimen de garantías y responsabilidades específicamente regulado en los artículos 11 y 25 a 28 de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, particularmente favorable para el consumidor y/o usuario, a quien le basta con demostrar que ha padecido daños y perjuicios a causa de la utilización de un producto para sentar la responsabilidad solidaria de quienes los «producen, importan, suministran o facilitan», los cuales sólo pueden exonerarse probando que los daños son derivados de la culpa del usuario o de las personas de las que se deba responder civilmente [v. también FD 2.^º].

(...) el derecho a la resolución del contrato (o el de sustitución del objeto adquirido por otro de iguales características, pues ambos son de naturaleza optativa para el consumidor) requiere de la concurrencia de tres requisitos:

1.– Que el bien adquirido presente un vicio o defecto original. El vicio ha de ser anterior al contrato, lo que se cumple cuando la causa del mismo sea anterior aunque el defecto se manifieste después de la adquisición del bien durante el período de garantía.

2.– Que no resulte posible la reparación satisfactoria del vicio o defecto (pues de resultar posible el único derecho que la Ley otorga al consumidor es el de la reparación gratuita con indemnización de daños y perjuicios).

3.– Que el vicio o defecto haga que «el objeto no revista las condiciones óptimas para cumplir el uso al que estuviese destinado», por lo que, a diferencia del régimen del CC, no es necesario que el vicio determine la inutilidad o inhabilidad del bien para

*misma se esperan incidan en aspectos esenciales de su uso o disfrute./ La respuesta del ordenamiento jurídico, ante lo desarmado que se encuentra el consumidor frente al mundo de la venta, talleres y reparaciones automovilísticas que escapan de su control y supervisión, (.)» (FD 2.^º *in fine*).*

h) SAP Asturias, 1.^a, 22.1.2001 (Pte. Martín del Peso) FD 3.^º [*infra* nota 181].

i) SAP Valencia, 2.^a, 27.7.2000 (Pte. Zapater Ferrer) FD 3.^º [*infra* nota 174 a) y c)].

cumplir el uso al que se destina» (SAP Badajoz (3.^a) 28-IX-2004¹⁷¹)»¹⁷².

[ii] Hay otra sentencia –SAP Santa Cruz de Tenerife, 1.^a, 23.10.1999 (Pte. Moscoso Torres)– que me parece interesante recordar aquí por dos motivos: primero, por el caso que resuelve; y segundo, porque suele citarse en otras sentencias de las Audiencias Provinciales para destacar que el supuesto de hecho de la resolución del artículo 11.3 LGDCU *no exige la inhabilidad total o parcial del bien* (aliud pro alio).

¹⁷¹ La SAP Badajoz, 3.^a, 26.7.2005 (Pte. Souto Herreros) reproduce esta citada SAP Badajoz, 3.^a, 28.9.2004 (Pte. Gómez Flores; FD 2.^o). El caso de esta última fue el siguiente. Se adquirió un vehículo que a los pocos días de ser entregado se incendió, mientras circulaba. El consumidor ejercita la resolución de la compraventa; subsidiariamente, en cumplimiento de la garantía, la reparación del vehículo de modo que quedase en perfecto estado. En primera instancia se estima la resolución; no se estima la reparación porque, aunque técnicamente puede hacerse, «el valor de la reparación es absolutamente desproporcionado y por supuesto superior al valor del mismo» (FD 2.^o). El vendedor recurre, confirmando la Audiencia Provincial la sentencia de instancia. Señala que no es algo normal que transcurridos pocos días desde la entrega, el vehículo se incendie cuando aparentemente estaba en buen estado (FD 2.^o). Se baraja la hipótesis de que el fuego tuviera origen en un problema electrónico (FD 2.^o). Ahora bien: «[n]o se ha llegado a concretar con total seguridad cual fuera la causa del incendio, pero tampoco puede olvidarse que la prueba de que fue debido a culpa del usuario o de las personas de quienes éste tuviera que responder civilmente correspondía a la demandada [vendedora], que en principio tenía obligación de entregar el vehículo objeto de compraventa en perfectas condiciones de servir a su uso, asumiendo el riesgo derivado de que ello no fuera así» (FD 2.^o). La vendedora no demostró que no había defecto originario (FD 2.^o).

¹⁷² Entre otras sentencias que señalan estos tres requisitos del artículo 11.3.b) LGDCU, además de la expuesta en la nota que antecede a ésta, por ejemplo:

a) La SAP Madrid, 10.^a, 25.9.2006 (Pte. González Olleros) FD 5.^o. Ahora bien, en esta SAP Madrid, 10.^a, 25.9.2006, el consumidor ejercitó la sustitución del vehículo y, subsidiariamente, la resolución del contrato; en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios por el costo del alquiler de otro vehículo. Tanto en primera como en segunda instancia se desestima la demanda. El vehículo había sido correctamente reparado (averías en el sistema electrónico) y la desestimación de la petición de daños por el alquiler de un vehículo, se debía a que esa concreta avería, a causa de la cual se alquiló, era ajena a las demandadas.

b) La SAP Asturias, 4.^a, 3.12.2004 (Pte. Avello Zapatero) FD 2.^o *in fine*. Se adquirió un vehículo que tuvo diversos defectos, unos más puntuales, otros de especial gravedad, entrando hasta en diez ocasiones en el taller para su reparación. Algunos defectos no fueron satisfactoriamente resueltos y por ello el consumidor ejercita, entre otras cosas, la resolución del contrato, lo que se estima en primera y segunda instancia (v. FD 3.^o y 4.^o).

c) La SAP Pontevedra, 5.^a, 4.11.2002 (Pte. Ferrer González) FD 2.^o y 3.^o (v. también FD 1.^o). Se adquirió un vehículo que tuvo defectos de deriva hacia la derecha de su trayectoria (con origen en la estructura del vehículo) y que se llevó a taller en varias ocasiones. La Audiencia Provincial no comparte la alegación del fabricante, de que no procedía la resolución del contrato con base en el artículo 11 LGDCU (ni en el artículo 1484 CC) porque el defecto había de ser de «suficiente entidad como para hacer inhabil al bien para el fin al que se le destina» y, en su opinión, el defecto no tenía «entidad suficiente para impedir la conducción normal del vehículo» (FD 1.^o). La Audiencia Provincial señala *que únicamente se requiere, para resolver el contrato, que los defectos hagan que el bien no se encuentre en condiciones óptimas para cumplir el uso al que esté destinado; no es necesario que el defecto cause la inhabilidad total del bien para su uso, ni que el defecto haya de poder calificarse de grave* (FD 4.^o; v. FD 1.^o). Confirma la sentencia de instancia, que estimó la resolución: según la Audiencia, el defecto en la estabilidad lineal priva al vehículo de sus condiciones óptimas de uso (FD 4.^o).

El caso fue el que sigue. El vehículo adquirido tenía un defecto de origen: el deficiente montaje de sus puertas que permitía la filtración de agua en el habitáculo del vehículo los días de lluvia. Pese a llevarse al taller en repetidas ocasiones, la anomalía no fue subsanada. El consumidor utilizó el vehículo recorriendo 60.000 kilómetros. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda del consumidor: condena a la sustitución del vehículo por otro de idénticas características o alternativamente a la devolución del precio pagado. El vendedor recurre y alega, entre otras cosas, que «no se produjo la inhabilidad total del objeto vendido para su destino» (FD 1.º). La Audiencia Provincial desestima el motivo: *en la compraventa de consumo, basta con que el bien no tenga las condiciones óptimas de uso para responder*. Admite la resolución del contrato, *si bien por razón del uso y depreciación del vehículo*, reduce en un 50% del precio de compra la cantidad a devolver¹⁷³.

Señala la Audiencia Provincial:

«El artículo 11.3.b) (...) no exige, para que surja el derecho que el mismo confiere al consumidor o usuario, que se produzca una inhabilidad total, ni siquiera parcial, del objeto adquirido para el uso propio de su destino, sino que basta para la aparición de ese derecho que el mismo no revista «las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado» por no haber sido reparado a satisfacción del usuario; ciertamente, no puede asimilarse ni equipararse la falta de condiciones óptimas a inhabilidad o ineptitud del objeto para servir a su destino, y, en este caso y anticipando lo que más adelante se dirá con relación a la prueba pericial, hay que señalar que el funcionamiento del vehículo del automóvil distó mucho de ser óptimo y ello aunque recorriera sesenta mil kilómetros, puesto que entró en numerosas ocasiones en el taller para la reparación del defecto del montaje que permitía la filtración del agua a su interior, defecto que no fue reparado y que necesariamente tuvo que suponer una serie de incomodidades y molestias manifiestas en su uso y utilización, y no sólo por las veces y días en que el actor tuvo que acudir al taller para su reparación (con los inconvenientes que ello debió de llevar consigo), sino también por las dificultades que en tales condiciones entrañaba la utilización normal del objeto en determinadas circunstancias (en orden a su limpieza, en días de lluvia, etc.).

En definitiva y aunque no se produjera la inhabilidad total del objeto, no cabe duda de que la falta de reparación adecuada del defecto advertido determinó que el automóvil con [sic; no] contara ni revistiera las condiciones óptimas para su uso, y es justamente esto lo que genera la aparición del derecho que confiere el precepto citado, de modo que no puede estimarse este motivo del recurso y ello con independencia de la repercusión que, dados los términos concretos en que se ha ejercitado la acción en este caso, tenga esa ausencia de inidoneidad total del producto en el contenido del derecho y de la indemnización procedente» (FD 2.º; cursiva mía)¹⁷⁴.

¹⁷³ V. la siguiente nota letra c).

¹⁷⁴ A propósito del artículo 11.3 LGDCU, hay otras cuestiones sobre las que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales se ha pronunciado:

[61] La antecedente exposición de la doctrina de las Audiencias Provinciales requiere de alguna adicional y breve indicación. La

a) En la expuesta SAP Santa Cruz de Tenerife, 1.^a, 23.10.1999 (Pte. Moscoso Torres), el vendedor también alegó en el recurso de apelación, que el comprador no había demandado judicialmente dentro del plazo de garantía. La Audiencia Provincial señala que la viabilidad de los derechos del consumidor *no se supedita a la reclamación judicial dentro del plazo de garantía. Basta con que durante dicho plazo se haya manifestado el defecto e intentado la reparación, al margen de que la reclamación judicial se produzca con posterioridad* (FD 3.^o). En la misma línea, la SAP Santa Cruz de Tenerife, 3.^a, 23.7.2004 (Pte. Padilla Márquez): «(...) la acción no está prescrita ni caducada (...); y con relación a la aplicación del artículo 11.3 de LGDCU, *si bien no es doctrina pacífica, si es mayoritaria (...), la doctrina que mantiene que la acción de resolución nace cuando las reparaciones efectuadas durante el período de garantía no son satisfactorias o el objeto no reviste las condiciones óptimas para cumplir el uso al que estuviese destinado*» (FD 2.^o *in fine*); en esta sentencia se había adquirido un vehículo que tuvo defectos, entrando en numerosas ocasiones en el taller para ser reparado y en la actualidad, no podía garantizarse que no volviese a manifestarse, en breve, otro defecto técnico. Y en la SAP Valencia, 2.^a, 27.7.2000 (Pte. Zapater Ferrer) se reitera la doctrina de *que la reparación debe intentarse en el período de garantía, con independencia de que la reclamación judicial tenga lugar con posterioridad* (FD 2.^o); también se indica, una vez más, que el artículo 11.3.b) LGDCU *no exige la inhabilidad total o parcial del objeto, sino que basta que el objeto no esté en condiciones óptimas de uso* (FD 3.^o); en esta sentencia se conoce de la compra de un automóvil de segunda mano que resultó defectuoso. V. también SAP Huelva, 3.^a, 22.11.2005 (Pte. García Valdecasas y García Valdecasas) *supra* nota 170, e).

b) Sobre el plazo de ejercicio de la resolución del artículo 11.3.b) LGDCU, la SAP Palencia, 31.7.2001 (Pte. Coullat Ariño) señala que es el plazo de quince años del artículo 1964 CC (FD 4.^o). En el mismo sentido la SAP Alicante, 7.^a, 14.11.2001 (Pte. Valero Diez; FD 1.^o) y la SAP Asturias, 4.^a, 22.2.2000 (FD 2.^o *in fine*). V. FENOV PICÓN (2001) núm. 11, letras e), f), g), pp. 2476-2482.

c) Finalmente, otra cuestión que en diversas ocasiones han tenido que resolver las Audiencias Provinciales, es la de las consecuencias restitutorias y liquidatorias que se derivan de los remedios del artículo 11.3 LGDCU. Así, en la citada SAP Santa Cruz de Tenerife, 1.^a, 23.10.1999 (Pte. Moscoso Torres) se estimó la alegación del vendedor de que la devolución *total* del precio supondría un *enriquecimiento injusto* del comprador: este estuvo utilizando el vehículo más de cuatro años y recorrió bastantes kilómetros (FD 5.^o). En la SAP Valencia, 2.^a, 27.7.2000 (Pte. Zapater Ferrer) se indica que el consumidor pudo pedir, en su día, la sustitución del vehículo, pero no cuando lo exige: esto es, transcurridos tres años y habiendo recorrido diez mil kilómetros desde la adquisición del bien. Por ello, estima que procede la indemnización de daños y perjuicios, cuya proporción prudencial era la del 50% del valor de venta del vehículo (FD 3.^o). La SAP Barcelona, 16.^a, 20.11.1998 (Pte. Seguí Puntas) conoce de la compra de un vehículo (en noviembre de 1988) con defectos. El consumidor optó (abril de 1990) por resolver, lo que no se estima en primera instancia. El consumidor recurrió y la Audiencia Provincial de Barcelona señala que la indoneidad del producto no fue total, ni la insatisfacción del consumidor había sido absoluta (pese a la sucesión de las averías, había estado utilizado el vehículo). Según la Audiencia, si la opción por la resolución del contrato era operativa en 1990 (el consumidor la requirió al concesionario, FD 2.^o), no lo era en el momento actual, tras ocho años de uso continuado del vehículo y vehículo de diez años de antigüedad. La Audiencia tiene en cuenta el uso y depreciación del turismo y por ello fija la indemnización (restitución del precio) en un 50% del precio estricto de compra del turismo, teniendo asimismo en cuenta la minoración en el goce del bien sufrida por el consumidor (se había visto precisado a utilizar el vehículo en trayectos cortos) (FD 4.^o). También sobre la incidencia del aprovechamiento del bien obtenido por el consumidor, la SAP Valencia, 7.^a, 10.4.2006 (Pte. Lahoz Rodrigo) FD 1.^o (*supra* nota 161). Finalmente, en la SAP Álava, 1.^a, 11.4.2007 (Pte. Guerrero Romeo) se afirma que no procedía la indemnización solicitada por el consumidor, debiéndose tener en cuenta que el sistema de calefacción lo había utilizado aproximadamente durante cuatro años, beneficio que había de valorarse aunque el sistema hubiere causado problemas y que hasta el momento no había sido sustituido (FD 3.^o *in fine*; *infra* nota 182). V. FENOV PICÓN, CCJC (2008) pp. 1322-1327; artículo 21.1 TR.

afirmación de que la resolución del artículo 11.3 LGDCU no requiere que el defecto haga total o parcialmente inútil la cosa entregada hace clara referencia, se ha visto, a la asentada jurisprudencia del Tribunal Supremo que admite la resolución del artículo 1124 CC (además de otros remedios) cuando el vendedor entrega un bien inútil o inhábil a las legítimas expectativas del comprador (hay un pleno incumplimiento; un *aliud pro alio*)¹⁷⁵.

Según la práctica de las Audiencias Provinciales, para admitir la resolución del artículo 11.3 LGDCU (contratación con consumidores) basta con que el bien, tras haber sido reparado infructuosamente, no tenga las «condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviere destinado», o en algún caso que el *bien sustituto* no tenga tales condiciones¹⁷⁶. Incluso en ocasiones se exige que el bien ha de estar en perfectas condiciones. La obligación del garante se considera como una obligación de resultado. Así, por ejemplo, en las SS AP Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, 3.11.2003 (Pte. Aragón Ramírez)¹⁷⁷,

¹⁷⁵ El inicio de esta jurisprudencia puede situarse en las SSTS, 1.^a, 12 y 23.3.1982, si bien la genérica idea de que la entrega de una cosa inhábil es un incumplimiento, estaba presente con anterioridad. Sobre esta jurisprudencia, por ejemplo: ORTI VALLEJO (1987) pp. 122-149 (con carácter general pp. 121- 217), (1996) pp. 42-51 y (2002) pp. 38-45 (v. pp. 29-51); FENOY PICÓN (1996), pp. 187-200; VERDA Y BEAMONTE (2004), pp. 257-289.

¹⁷⁶ La SAP Valencia, 7.^a, 9.12.2004 (Pte. Lahoz Rodrigo) estima la resolución en relación con el objeto entregado en sustitución del inicial objeto defectuoso (FD 2.^o E). Se había adquirido un equipo electrógeno que tuvo diversas averías, por lo que vendedor entregó otro, que también tuvo averías.

¹⁷⁷ SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.^a, 3.11.2003 (Pte. Aragón Ramírez): «Y olvida en todo caso la demandada que la obligación que tiene respecto a su cliente comprador, tanto por asumirlo contractualmente como por estar prevista en la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 27), *es la de proporcionar a éste un producto idóneo para el uso al que está destinado, lo que supone que asume una obligación no de medios, sino de resultados*. Como ya tiene declarado está Sección (entre otras, sentencias de 23-10-99, 5-11-01 y 24-11-02) *la obligación del vendedor es la de proporcionar a su cliente un producto en perfecto estado de uso y óptimas condiciones de funcionamiento*, a lo que no se opone la disposición mostrada por la demandada ya referida, puesta de manifiesto con su actuación y en la que insiste en el recurso, que guiada siempre por el principio empresarial de máxima satisfacción al cliente ha tratado en todo momento de efectuar la reparación reclamada por éste, haciendo las reparaciones y sustituyendo las piezas que se consideraron podían ser las causantes de los defectos; en realidad y aparte de esa disposición propia de todo buen empresario, tal actuación no solo responde –o no solo debe responder– a criterios de política empresarial o comercial sino que también viene impuesta por explícitos deberes jurídicos vigentes durante el período de garantía que demandan la reparación de todo defecto en el producto, de manera que no puede presentarse como una especie de favor al cliente sino como la consecuencia misma del cumplimiento de una obligación exigible; y esta obligación no se agota con esa disposición y con los intentos de reparación por serios y reiterados que hayan sido, *sino que reclama, de conformidad con dicho precepto, una prestación de resultado en el sentido que se confiera al objeto las condiciones óptimas para su destino*, de manera que si éstas no se alcancasen pese a los intentos, la obligación persiste y se extiende hasta el cumplimiento de la opción que conferida al consumidor en el precepto citado. En este caso y como reiteradamente se ha señalado, justificada la existencia del defecto lo que no se ha acreditado es que la reparación haya producido la satisfacción del comprador ni que se hayan alcanzado las condiciones óptimas en el objeto para su destino, *sin que dicha obligación se considere definitivamente cumplida con los intentos de reparación y con la sustitución de las piezas, persistiendo pese a ello el defecto que tampoco puede atribuirse al deficiente uso del mismo por el actor*» (FD 3.^o,

AP Zamora, 1.^a, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo)¹⁷⁸ y AP Badajoz, 3.^a, 26.7.2005 (Pte. Souto Herreros)¹⁷⁹.

C) *El defecto de menor importancia y la resolución del artículo 11.3 LGDCU*

[62] Conviene también advertir que la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales no lleva a extremos absolutos la aplicación de la resolución del artículo 11.3 LGDCU. En este punto es de destacar un concepto que se perfila en alguna sentencia y que puede denominarse «defecto menor», «defecto de escasa importancia». Este defecto no permite la resolución, incluso si no puede subsanarse.

Tal es el caso de la SAP Madrid, 9.^a, 12.5.2006 (Pte. Gordillo Álvarez-Valdés), en el que el elevalunas del vehículo era defectuoso y la luna no llegaba a cerrar totalmente la ventana, no evitando que el agua entrase en el habitáculo¹⁸⁰.

cursiva mía). Se había comprado un vehículo que tuvo ruidos en la parte baja y se desplazaba hacia la derecha. En primera instancia se condena a la entrega de un vehículo nuevo o modelo equivalente. La Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia de instancia.

¹⁷⁸ SAP Zamora, 1.^a, 30.12.2004 (Pte. Encinas Bernardo): «(...) Por otra parte no puede olvidarse la obligación que el demandado tiene respecto a su cliente comprador, tanto por asumirlo así contractualmente como por estar prevista en la Ley para la Defensa de Consumidores y Usuarios (art. 27), *es la de proporcionar a este un producto idóneo para el uso al que esta destinado, lo que supone que asume una obligación no de medios, sino de resultados es decir; de proporcionar a su cliente un producto en perfecto estado de uso y óptimas condiciones de funcionamiento*» (FD 3.^º, cursiva mía). Se había adquirido un coche de segunda mano (de diez años de antigüedad y con 93.157 kilómetros recorridos) que tuvo estas averías: «en general se aprecia que el funcionamiento de motor, embrague y caja de cambios es normal, sin embargo se observa un deficiente estado de suspensión, por el mal estado de amortiguadores, deficiente estado de pastillas y discos de las dos ruedas delanteras, que evidencian importante desgaste, no operatividad del termostato por falta de refrigeración, vibración generalidad de la carrocería, ruido por estado defectuoso de correa del alternador, deficiente estado de batería, pasando la solución a los problemas descritos por la sustitución de los amortiguadores, discos y pastillas de frenos delanteros, termostato, tensor de correa del alternador y batería que ascendería a un importe de 800 euros más IVA [el precio de compra fue de 5.710 euros]». El consumidor llevó varias veces el coche al taller, finalmente, lo dejó allí. Ante la no reparación, el consumidor ejercita la resolución, lo que se estima en primera instancia («tratándose de defectos que exceden del uso y que afectan o pueden afectar a la seguridad», FD 3.^º). Recurre el vendedor y la Audiencia Provincial de Zaragoza confirma la sentencia: «toda vez que el coche, dadas sus características y antigüedad, no se encontraba en las condiciones óptimas para circular por defectos existentes al momento de su venta» (FD 3.^º *in fine*).

¹⁷⁹ SAP Badajoz, 3.^a, 26.7.2005 (Pte. Souto Herreros), refiriéndose al fabricante del vehículo: «(...), que en principio tenía obligación de entregar el vehículo objeto de compraventa en perfectas condiciones de servir a su uso, asumiendo el riesgo derivado de que ello no fuera así» (FD 2.^º bis; v. en texto [60] [i]); también SAP Badajoz, 3.^a, 28.9.2004 (Pte. Gómez Flores) FD 2.^º (*supra* nota 171).

¹⁸⁰ El caso fue el siguiente. El 30 de julio de 2001 se adquirió un vehículo que tuvo distintos defectos. Unos se repararon correctamente (embrague, motor de arranque); otros tenían origen en la falta de mantenimiento o condiciones de uso (no funcionamiento del aire acondicionado, mal cierre del portón, salida de la quinta mancha,

Y asimismo encontramos un caso de defecto menor en la SAP Asturias, 1.^a, 22.1.2001 (Pte. Martín del Peso). En este caso, se había sustituido el depósito refrigerante del vehículo (defectuoso) por otro, de un nuevo modelo. El sistema originario –el sustituido– contaba con un indicador de temperatura y del *nivel* del líquido refrigerante que advertía al conductor, incluso antes de arrancar el vehículo, de que estaba bajo el nivel de depósito del líquido refrigerante. El nuevo sistema sólo contaba con un chivato que advertía de la temperatura del líquido, *pero no de la disminución de su nivel* (FD 2.^º). Por esta causa, ni en primera, ni en segunda instancia se admite la resolución suplicada por el consumidor (petición principal); sí, la petición subsidiaria de reparación. La Audiencia Provincial señala, además, que pareciendo imposible la reparación en condiciones de plena identidad, ello debe traducirse, en ejecución, en la prestación por equivalencia (art. 709, 717 LEC)¹⁸¹.

autoencendido y parada del motor al ralentí) (FD 1.^º). El comprador pretendió resolver el contrato porque el elevalunas de la puerta delantera derecha era defectuoso. El Juzgado de Primera Instancia lo desestima. Recurre el comprador, quien altera la causa de pedir (pide ahora indemnización) y de ahí que la Audiencia Provincial desestime el recurso. En lo que interesa: «(...), invocándose que el vehículo adolece al menos de un defecto de fabricación: el elevalunas de la puerta delantera derecha del vehículo, procede significar que los defectos en dicho elemento fueron puestos de manifiesto tanto en la revisión de [los] 30.000 Kms. (6 de junio de 2002), como en la de los 40.000 Kms. (9 de septiembre de 2002), como en la de [los] 50.000 Kms. (6 de febrero de 2003), o en la de los 60.000 Kms. (9 de junio de 2003), así como que fueron objeto de tratamiento por la demandada como lo demuestra no sólo la comunicación de ésta al Ayuntamiento (...), sino los del propio actor (...). Si bien el Perito judicial aprecia que «la luna de puerta derecha no llega a salir del todo, para poder formar cerramiento y evitar la entrada de agua», ello en modo alguno podría dar lugar, de por sí, a la estimación de la acción ejercitada de devolución del precio pagado pues no sólo en la última revisión de los 75.000 Kms. (el 16 de febrero de 2004), ya no se hizo mención alguna a tal defecto, por lo que, entonces el elemento funcionaría correctamente, debiendo, en caso de volver a aparecer el defecto, de denunciar el mismo para su reparación pues la acción de devolución de lo pagado o la de sustitución del objeto por otro de idénticas características tiene carácter subsidiario respecto de la obligación de reparación, *sino que, en todo caso, aun de entenderse que se trata de una reparación infructuosa la realizada, no cabría considerar la pertinencia de la devolución de lo pagado no ya sólo al no apreciarse que «el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado», no constando que por dicho defecto el uso del vehículo hubiere resultado insatisfactorio, sino cuando, en todo caso, la pretensión de la ya tan repetida devolución de lo pagado implicaría un claro enriquecimiento injusto cuando se reclama en base a tal pequeño defecto a tal fin faltando tres meses y diez días para vencer la garantía y el vehículo entonces contaba con más de 75.000 Kms. (el 16 de febrero de 2004), o de 94.000 Kms. (el 25 de octubre de 2004)» (FD 3.^º, cursiva mía).*

¹⁸¹ SAP Asturias, 1.^a, 22.1.2001 (Pte. Martín del Peso): «Tercero.—(...). La interpretación del artículo 11.3 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (...) permite (...), obtener la devolución sin que sea precisa la inhabilidad total o parcial del objeto, pero si la pérdida de condiciones óptimas de uso. Por objeto ha de entenderse el coche en su conjunto y no la pieza concreta. Evidente es que la sustitución permite conducir aquél en condiciones óptimas de funcionamiento, por lo que no cabe admitir la pretensión principal de la adhesión [la resolución del contrato], pero también es evidente que con la nueva pieza pierde una de las prestaciones de la garantía, cual es el sistema electrónico adosado al depósito capaz de detectar en todo momento el nivel del refrigerante se caliente la temperatura o no./ Cuarto.— El conjunto de accesorios o equipamientos de un automóvil, bien se refieran a las condiciones generales de confort, bien a elementos mecánicos (poten-

D) *Reflexiones sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales*

[63] Es destacable el hecho de que las Audiencias Provinciales se hayan casi siempre pronunciado a propósito de defectos de vehículos a motor. La jurisprudencia al tener que pronunciarse sobre la entidad de cada defecto alegado ha ponderado su importancia teniendo en cuenta las prestaciones y funciones de este específico objeto y, en concreto, ha considerado si el defecto afectaba a la movilidad o/y comodidad en los desplazamientos.

a) Muchas veces la avería (el defecto) incidía de manera relevante en la utilidad principal del vehículo, la del desplazamiento. Para estos casos graves, y si además no es posible la reparación del defecto, hubiera bastado la jurisprudencia del *aliud pro alio* que permite la resolución. De hecho, en algunas de las sentencias de las Audiencias Provinciales se aplica esta doctrina del *aliud pro alio*, estando presente asimismo la aplicación de la garantía del artículo 11, 2 y 3, LGDCU¹⁸².

cia y prestaciones del motor), bien como en el supuesto enjuiciado, a la mayor o menor sofisticación del sistema electrónico, se convierten en signos distintivos de cada marca que atraen al usuario a la elección de un modelo en detrimento de los competidores y dentro del mismo modelo y marca, en definidoras de las distintas gamas del producto, con el consiguiente reflejo en el precio de cada una de ellas, por lo que la pérdida de cualquier accesorio o en este caso la sustitución del accesorio por otro con inferiores niveles de detección eléctrica, aunque ambos permitan el uso con plena seguridad del turismo, obliga a la aco-gida de la petición subsidiaria y si como parece la reparación de hacer en condiciones de plena identidad fuese imposible, deberá traducirse en ejecución (...) en la prestación por equivalencia conforme a los artículos 709 y 717 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil; razones por las que ha de confirmarse en cuanto al fondo la apelada». V. MORALES MORENO (2006) pp. 55-92.

¹⁸² Así la SAP Burgos, 3^a, 8.4.2002 (Pte. Villímar San Salvador) FD 2º para el *aliud pro alio* y FD 3º para el artículo 11.3.b) LGDCU. Se adquirió un vehículo que tuvo unas cien incidencias en el espacio temporal de año y medio, afectando en muchas ocasiones a elementos básicos y esenciales de funcionamiento. Esto había provocado una gran insatisfacción o frustración al comprador; además, no podía afirmarse rotundamente que el vehículo estuviera en condiciones óptimas de cumplir su finalidad. En la SAP Álava, 1.^a, 11.4.2007 (Pte. Guerrero Romeo) se adquirió un sistema de calefacción para instalarlo en la vivienda unifamiliar del consumidor. La bomba de calor se instaló fuera de la casa (en el jardín) y tuvo alguna avería; pero el verdadero problema consistía en que el sistema de calefacción no era adecuado a las bajas temperaturas exteriores de la zona [Vitoria; el agua se congelaba y para evitarlo debía tenerse encendido el sistema todo el día, con el incremento de gasto energético (mayor coste de mantenimiento) e incomodidades (el consumidor no podía apagarlo cuando se ausentaba del domicilio)]. El consumidor adquirió el sistema porque así se lo recomendó el vendedor (responsable de la elección; FD 1.^a *in fine*). La Audiencia Provincial estima la resolución ejercitada por el consumidor (no admitida en primera instancia). *Aplica la jurisprudencia del incumplimiento por inhabilidad del bien* (FD 2º): «Frente al criterio de la Juez «a quo» que aduce el principio de conservación de los efectos del contrato, hemos de señalar de que no se trata de que la cosa resulte absoluta y materialmente inservible para el uso a que se la destina, sino que es suficiente que su función se vea alterada de forma relevante y las prestaciones que de la misma se esperan incidan en aspectos esenciales de su uso o disfrute, y en este sentido, es innegable que la obligación de dejar encendido el aparato durante las veinticuatro horas del día y durante prácticamente toda la temporada invernal, con el gasto que ello conlleva, y la preocupa-

b) En otras ocasiones el vehículo permitía el desplazamiento pero de forma incómoda (en mayor o menor medida); o había de acudirse frecuentemente al taller para reparaciones distintas y sucesivas; o habiéndose reparado, el hecho de que el motor se hubiera desmontado en varios ocasiones para su reparación, llevaba un acortamiento de la vida útil potencial del vehículo¹⁸³; o en el futuro, el vehículo dará problemas¹⁸⁴; etc. Pensando en estos

ción de dejar el aparato encendido cuando los propietarios se ausentan varios días de la vivienda, generaban una inhabilidad contundente en relación con el producto» (FD 2.º). También aplica el artículo 11.3.b) LGDCU (FD 2.º). No estima la petición indemnizatoria [supra nota 174, c)]. V. también SAP Asturias, 4.ª, 22.2.2000 (Pte. Alvarez Sánchez; FD 2.º y 5.º) y SAP Girona, 2.ª, 18.5.2007 (Pte. Rey Huidobro) [supra nota 170.b)].

Pese a no aplicar la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, tiene interés la SAP Palencia, 14.7.1998 (Pte. Muñiz Delgado), que califica la entrega de un coche de distinto color del pactado (rojo, en lugar de plateado o verde) como un *aliud pro alio*, pudiendo resolver el comprador.

183 Es el caso de la SAP Cantabria, 2.ª, 4.11.2002 (Pte. Següillo Tejerina) que estima la resolución ejercitada por consumidor: «Entre los hechos que se tienen por probados se destacan: / (...) / El defecto que tenía el vehículo afectaba a la válvula de recirculación de gases de escape, cuyo mal funcionamiento provocaba tiros y parada del motor. Se trata de un defecto de fábrica que no fue detectado hasta la última de las ocasiones precipitadas en que se llevó el coche al taller; previamente el motor fue desmontado varias veces a fin de detectar el problema del vehículo. Una vez reparado, no tiene por qué padecer nuevas averías el vehículo; *no obstante, el desmontaje reiterado del motor va a producir una disminución de la vida útil del automóvil.* / (...) / quien manifiesta que se trata de un defecto de fábrica; *que en el futuro pudieran presentarse desajustes en los elementos del motor por haber sido desmontados;* (...) / se manifiesta la posibilidad de problemas futuros del vehículo; *no pudiendo prever los fallos que pudieran ocurrir en el futuro, se ratifica el perito en que la vida útil del vehículo ha disminuido tras las reparaciones a que ha sido sometido» (FD 2.º, cursiva mía). En el FD 3.º: «(...) / Aunque el vehículo ha venido usándose desde su adquisición y una vez arreglado puede funcionar normalmente, se considera elemento decisivo para determinar la cuestión la disminución de la vida útil del vehículo afirmada y ratificada por la perito actuante (...) / En el presente caso, no se trata sólo de que el bien adquirido haya sufrido de forma reiterada un problema –cuyos efectos afectan a la comodidad de sus usuarios pero podría tener consecuencias en otros aspectos como la seguridad, propia y de terceros, en el tráfico rodado ante los imprevisibles efectos que una marcha con tiros o una parada inesperada pueda producir en el ámbito de la circulación– y que la actora se haya visto privada durante un período importante del uso del mismo –precisamente en los primeros meses de su vida útil, cuando aparentemente mayores han de ser las prestaciones de un vehículo con todas sus piezas y maquinaria nueva, no desgastada por el uso o el paso de tiempo–, *sino que además el continuo paso por el taller, las operaciones de desmontaje de las piezas del motor han influido con total seguridad (según la perito actuante) en la duración futura del vehículo, disminuyéndola, y son susceptibles de causar problemas en el futuro, lo que (pese a la imposibilidad de concretar en qué momento o forma se manifestará en su día) constituye un plus de inseguridad y falta de fiabilidad en el rendimiento del vehículo y una falta de cumplimiento en debida forma de las prestaciones que han de esperarse de un vehículo que se encuentra en período de garantía,* frustrándose las legítimas expectativas de quien realiza un desembolso económico importante para la adquisición de un vehículo que le ofrece unas determinadas prestaciones entre las que se encuentra el período durante el cual podrá hacer uso del mismo. / (...) / cabe concluir que el vehículo adquirido (...) no ha venido cumpliendo y, fundamentalmente, no existe previsión de que en el futuro cumpla en debida forma con el nivel de prestaciones que originó su compra, lo que conlleva la estimación de la demanda y del recurso formulado, al reconocerse el derecho de la misma a que le sea entregado otro vehículo de idénticas características o, en su defecto, su valor económico» (cursiva mía).*

184 SAP Santa Cruz de Tenerife, 4.ª, 3.11.2003 (Pte. Aragón Ramírez): «(...), pese a que siga ignorándose la verdadera naturaleza y alcance de la avería que motiva los ruidos

últimos casos y en otros posibles –más o menos graves– es en los que puede encontrarse la justificación de que para resolver la compraventa con fundamento en el artículo 11.3 LGDCU basta que el bien no reúna las condiciones óptimas (cfr. art. 8.1 y 11.1 LGDCU). Hoy a un automóvil (y a cualquier bien) se le exige que tenga ciertas prestaciones y calidad y, un determinado nivel de confort y comodidad. Por eso el garante ha de entregar el bien en perfectas condiciones (obligación de resultado).

Conociéndose que para la compraventa civil (y para la mercantil) existe la jurisprudencia del *aliud pro alio*, puede entenderse la insistencia de las Audiencias Provinciales en marcar la diferencia: en la contratación con consumidores es suficiente para resolver con que el bien no tenga las condiciones óptimas de uso¹⁸⁵. Insistencia que muy probablemente tenga origen en las alegaciones del demandado: el vendedor o/y fabricante suele argumentar para evitar la estimación de la resolución, que el objeto no es totalmente inservible o inhábil o inútil. Esto, aparte de que el propio tenor literal del artículo 11.3 LGDCU establece, indirectamente, el requisito de que el bien ha de tener unas condiciones óptimas de uso.

en la parte baja del vehículo y su desplazamiento hacia la derecha, y por tanto si se trata de una anomalía grave o no, «*con certeza* en un futuro dicho incidente va a dar problemas, *afirmando dicho perito que no podría certificar que el coche no va a tener algún incidente, ya que el ruido y la oscilación indican que algo no funciona correctamente.* (...)» (FD 4.^º *in fine*; cursiva mía; *supra* nota 177).

¹⁸⁵ Otro ejemplo más, si bien se condenó al pago de los gastos de reparación (FD 4.^º), es la SAP Asturias, 5.^a, 13.2.1998 (Pte. Luces Gil). En ella, se destaca que el coche adquirido puede utilizarse, pero su funcionamiento es imperfecto. Al no ser el vehículo totalmente inhábil, no se califica la entrega de *aliud pro alio* y no procede la resolución. Pero, el vendedor responde de la idoneidad del vehículo *según sus características y condiciones* (art. 11 LGDCU). Según la Audiencia: «(...) presentó, desde el primer momento defectos en su funcionamiento que no pudieron ser corregidos con las diversas reparaciones mencionadas (...), que si bien el vehículo puede ser utilizado, conforme a su destino, su funcionamiento es imperfecto y esas incorrecciones en el funcionamiento, susceptibles de corregir mediante las oportunas modificaciones técnicas, pueden producir desgastes y consumos superiores al normal para un vehículo de ese tipo y características y traer como resultado averías inesperadas. Aparte de ello, cabe añadir la creciente insatisfacción de quien elige un vehículo de determinada marca y tipo confiando en las características anunciatas» (FD 2.^º, cursiva mía). En el FD 3.^º: «Con base en estos datos fácticos es indudable la improcedencia de la (...) [resolución del contrato] (...), puesto que, no habiéndose acreditado un incumplimiento grave, la entrega de una cosa totalmente inservible para el uso a la que se destina –un *aliud pro alio*– no cabe pretender con base en el artículo 1124 del CC la resolución del contrato, a cambio de la devolución del precio con sus intereses, un coche con más de cuatro años de uso./ Pero, es también indudable la obligación solidaria que alcanza al vendedor, fabricante e importador de productos defectuosos frente al usuario o consumidor final de responder de su idoneidad de acuerdo con las características y condiciones del objeto vendido, debiendo asumir la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados, conforme al artículo 11 de la Ley 26/1984. (...) El problema para la aplicación en el caso enjuiciado, de estas normas resarcitorias [arts. 25 y 28.2] lo plantea la necesaria observancia del principio de congruencia, que impide al juzgador condenar a prestaciones distintas de las pedidas».

Es interesante para la reflexión que acabo de hacer, la SAP A Coruña, 3.^a, 16.12.2005 (Pte. Fernández-Porto García). Se había adquirido un vehículo que tuvo distintos defectos. El consumidor ejercita la resolución, lo que se estima. Recurren el vendedor y el fabricante. El vendedor alega (motivo único) que los fallos del vehículo *no eran en elementos vitales, no haciendo inservible el vehículo para la circulación; señala que se trata de meras incomodidades y no de inutilidad*. Se desestima el recurso. Según la Audiencia Provincial, *los conceptos de incomodidad y de inutilidad son conceptos indeterminados que encierran gran carga «de subjetividad. Lo que para un conductor o usuario puede ser meramente incómodo, para otro puede constituir la falta de una prestación elemental, hasta el punto de rechazar el uso del vehículo»* (FD 5.^º, cursiva mía). La Audiencia diferencia los fallos relativos a meras incomodidades y los que afectan a la seguridad del vehículo (FD 5.^º).

Son meras incomodidades:

1. Que el indicador del nivel de aceite no funcione (puede comprobarse haciéndose calas manuales);
2. Que el cierre centralizado no funcione (las puertas se pueden cerrar manualmente);
3. Que la pantalla multifunción dé mensajes erróneos puede ser más o menos molesto, si bien puede rozar la inutilidad, si los mensajes son que las puertas están abiertas y no lo están o que no se usa el cinturón de seguridad y sí se usa, pues ello puede afectar a la seguridad, por desviar la atención del consumidor sobre algo inexistente;
4. Que el aparato de sonido no pueda utilizarse por los sonidos agudos de fondo que son insoportables, es mera incomodidad (se priva de ese elemento al consumidor). (FD 5.^º).

Afecta a la seguridad:

1. El que no pueda regularse los espejos retrovisores exteriores, ni mediante sistema electrónico, ni manualmente. Es obligatorio el espejo retrovisor izquierdo; puede serlo el derecho, si la ocupación interior del vehículo impide utilizar el espejo interior y es muy útil su uso cuando se va por vías de varios carriles en ambos sentidos. «La inutilidad de los espejos, al no poder ser orientados convenientemente, convierten la conducción (...) en actividad altamente peligrosa» (FD 5.^º).
2. La ausencia de luces antiniebla, máxime en Galicia.
3. El sistema de climatización, si puede «producir temperaturas interiores insoportables, hasta el punto de quemarse partes plásticas». (FD 5.^º).

Según la Audiencia Provincial:

«Tales defectos, tanto en lo que afectan a la comodidad, como a la seguridad, conjuntamente, convierten el vehículo vendido en un elemento de transporte altamente peligroso, irritantemente incómodo para los usuarios, y que puede generar en el conductor una

peligrosa sensación de inseguridad, al no confiar que los mecanismos vayan a funcionar correctamente. *El hecho de que la parte mecánica no presente problemas no es bastante para considerarlo útil para circular. Un turismo es bastante más que un motor, unas ruedas, un volante, amortiguación o frenos. Hoy hay prestaciones de seguridad activa o pasiva que se consideran elementales e irre-nunciables; o prestaciones de mera comodidad que se configuran como básicas para el usuario medio.* Por lo que se considera correcta la conclusión de la resolución apelada relativa a que los defectos que presenta el automóvil litigioso, *apreciados en su conjunto*, son de tal entidad que lo convierten en inútil para el fin perseguido: circular por la vía pública en unas condiciones que hoy se consideran como mínimas de seguridad activa y pasiva» (FD 5.^o; v. también FD 10.^o para el recurso del fabricante; cursiva mía).

[64] Tras esta exposición sobre la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales hemos de preguntarnos: ¿por qué se facilita la resolución en la compraventa de consumo? Primero, porque hemos dado al vendedor la oportunidad de cumplir su obligación. Segundo, para facilitar al consumidor la recuperación de los recursos que invirtió en la compraventa o para permitirle realizar la operación de reemplazo (el consumidor suele perseguir una inmediata satisfacción de su interés).

2. LA RESOLUCIÓN CONFORME AL Artículo 121 TR

2.1 EL SUPUESTO DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 121 TR

[65] El supuesto de hecho de la resolución del artículo 121 TR se caracteriza por ser un remedio que puede ejercitarse tras el intento de cumplimiento del vendedor y que tiene un amplio alcance. Voy a detenerme en estas dos características.

[66] *La jerarquía en los remedios.*— Descubierta la falta de conformidad, el Texto Refundido *dirige* el camino que el consumidor y el vendedor han de seguir.

En primer lugar, debe intentarse el cumplimiento (*in natura*) de la obligación del vendedor de entregar un producto¹⁸⁶ conforme al contrato (art. 114 TR), sea reparándolo o sustituyéndolo (art. 119.1 TR). Puede suceder que el cumplimiento no sea posible porque la

¹⁸⁶ La Ley de Garantías de 2003 empleaba el término *bien*, siendo su ámbito objetivo de aplicación los bienes muebles corporales (art. 1.II derogada LG). El Texto Refundido cambia el término bien por el de *producto*, que probablemente se haya tomado de la derogada Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (DD única TR). El artículo 6 TR regula el concepto de producto; v. también artículo 136 TR.

técnica o/y la ciencia, o la ley, no permitan lograr la subsanación. Tampoco puede el consumidor exigir el cumplimiento si su coste resulta desproporcionado (art. 119 TR)¹⁸⁷. En estos casos no ha de pasarse por el cumplimiento y puede irse directamente a la resolución (pero estarán los problemas de la prueba en cuanto a la no disponibilidad del remedio del cumplimiento). Tratándose de un producto que no es fungible o de un producto de segunda mano el consumidor no puede elegir la sustitución [art. 120.g) TR].

Siendo factible el cumplimiento, este ha de ejecutarse gratuitamente, en plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor [art. 120, a) y b) TR]. Si el vendedor no aprovecha la oportunidad de cumplir, el consumidor puede resolver (otra alternativa es quedarse con el producto y reducir el precio: artículo 121 TR; cfr. artículo 122 TR; o volver a exigir el cumplimiento: Artículo 120, d) y f) TR).

[i] La SAP Murcia, 4.^a, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán), de la que posteriormente doy cuenta (*infra* [77] y [78]), es ilustrativa para la descripción del sistema de remedios por la falta de conformidad. Aplica la derogada Ley de Garantías de 2003. El caso fue el siguiente. El consumidor había comprado un vehículo a motor que tuvo diversos defectos, demandando al vendedor y al fabricante. En primera instancia se declara resuelto el contrato¹⁸⁸. El demandante y los demandados recurren. El fabricante alega falta de legitimación pasiva *ad causam*. La Audiencia Provincial lo desestima y afirma su responsabilidad directa. Según la Audiencia:

«(...). De acuerdo con el nuevo sistema [de la Ley de Garantías] la falta de ejecución de cualquier obligación resultante del contrato constituye incumplimiento, dando lugar a la aplicación de un sistema articulado de remedios que puede ejercitarse el consumidor, pero sujetos a una ordenación jerárquica de los mismos. Así se da preferencia a los que suponen un cumplimiento específico de la prestación debida: reparación y sustitución del bien, frente a los remedios que implican un cumplimiento por equivalencia o la desaparición del contrato: rebaja del precio y resolución contractual. Por otro lado, el comprador cualquiera que sea el remedio elegido

¹⁸⁷ El artículo 119.2.II TR no lo contenía el derogado artículo 5.2 LG (*Reparación y sustitución del bien*). Este nuevo párrafo II responde al Considerando (11) de la Directiva 1999/44: «Considerando que el consumidor podrá en primer lugar exigir al vendedor la reparación o la sustitución del bien salvo si ello resulta imposible o desproporcionado; que deberá determinarse de forma objetiva si esta forma de saneamiento es desproporcionada cuando impone gastos que no son razonables en comparación con otras formas de saneamiento; que para determinar si los gastos no son razonables, los correspondientes a una forma de saneamiento deben ser considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra;» (cursiva mía).

¹⁸⁸ SAP Murcia, 4.^a, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán): «Es correcta, por tanto la opción desplegada por el actor [consumidor] en la elección de ese sistema articulado y jerarquizado de remedios que prevé la tan comentada Ley de Garantías. De ahí que dada la inviabilidad de la reparación y de la sustitución, por los motivos indicados, se optara subsidiariamente por la resolución contractual» (FD 4.^o).

tiene derecho a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad» (FD 2.º; cursiva mía)¹⁸⁹.

[67] *La falta de conformidad de escasa importancia.*— La resolución del artículo 121 TR no es un remedio de carácter absoluto; está el límite de la falta de conformidad de escasa importancia. Con base en ella, el consumidor no puede resolver el contrato. Desde la perspectiva contraria, la regla del artículo 121 TR significa que el vendedor mantiene el contrato en los casos en que el producto adolece de defectos pequeños, nimios, sin importancia o apenas perceptibles, siempre que el interés contractual del consumidor sea satisfecho. La falta de conformidad de escasa importancia es un tipo de anomalía cualitativa, ante la cual el consumidor, a lo más, podrá ejercitar la reducción del precio (arts. 121, 122 TR).

En nuestro Derecho, esta regla no es novedosa:

- a) Se ha visto que las Audiencias Provinciales la han aplicado para excluir la resolución del artículo 11.3 LGDCU (*supra* [62]).
- b) A propósito del saneamiento por vicios ocultos, figura no lejana a los temas que tratamos, se ha afirmado que aquél no opera en los vicios de pequeña importancia. Ahora bien, en el saneamiento, el defecto de pequeña importancia excluye los remedios de la redhibición y de la reducción del precio (supuesto de hecho unitario según ley)¹⁹⁰.

¹⁸⁹ En esta SAP Murcia, 4.ª, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán) también se destaca el carácter objetivo del sistema de remedios por falta de conformidad de la Ley de Garantías de 2003: «Sentado lo anterior, estimamos de acuerdo con la citada Ley de Garantías que tanto el vendedor como el productor son responsables directos frente al consumidor. *Su responsabilidad es objetiva* y por tanto quedan asimismo obligados al saneamiento de defectos que pueden ser imputables a otros intervenientes en la correspondiente cadena o proceso de producción, distribución y comercialización. De ahí que el artículo 10 en su párrafo 4 regule la denominada acción de repetición o reembolso de lo pagado al consumidor./ (...) y *En definitiva la Ley de Garantías establece una mayor protección de los derechos del consumidor, pues básicamente se aleja de manera evidente de la idea de la responsabilidad basada en la culpa o negligencia, otorgando plena relevancia a la responsabilidad objetiva, (...)*» (FD 2.º). Y en el FD 3.º: «(...) Téngase en cuenta, como antes decíamos que, en definitiva, *esta Ley de Garantías introduce en beneficio y protección a ultranza del consumidor un principio de responsabilidad objetiva del vendedor y productor del bien por incumplimiento de cualquier obligación con independencia de que la causa de imputación corresponda o no al deudor*, dejando a salvo el correspondiente derecho de repetición o reembolso previsto en el apartado 4 del artículo 10 de la citada Ley» (cursivas mías).

¹⁹⁰ Sobre el supuesto de hecho unitario del saneamiento por vicios ocultos, *infra* [91] y nota 225. Sobre los vicios de poca entidad, PÉREZ GONZÁLEZ/ALGUER señalan: «f) En el supuesto de ser los vicios de pequeña importancia, no procede la redhibición ni la reducción de conformidad con la buena fe (art. 1258). De *minimis non curat Pretor* [(1935) p. 57]. Sobre la gravedad del vicio oculto, SERRANO CHAMORRO, *supra* [16], b) y nota 39. V. SAP de Pontevedra, 1.ª, 17.4.2007.

En Derecho romano: D. 21.1.1.8 (Ulpiano; Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, libro I): «Por consiguiente, si hubiere habido algún vicio ó enfermedad tal, que impida el uso y el servicio del hombre, dará lugar á la redhibición, con tal que hayamos tenido presente, *que cualquier cosa sumamente leve no hace ciertamente que sea considerado enfermo ó defectuoso*. Por lo tanto una ligera calenturilla, ó una cuartana antigua, pero que sin embargo puede ya despreciarse, ó una pequeña herida, no contiene en sí ninguna culpa, porque no se haya declarado, porque estas cosas pudieron despreciarse y así por ejemplo expresamos quienes se dicen enfermos ó defectuosos» (cursiva mía). También D. 18.1.54 [Paulo; Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, libro I]: «La cosa vendida de buena fé no debe declararse como no comprada por levísima causa».

Citando D. 21.1.1.8, SCAEVOLA destaca, para los artículos 1484 ss. CC, que por algo nimio no responde el vendedor: «Son, como se ve, dos conceptos distintos: uno, el de no poder aplicarse la cosa al fin á que se la destina; otro, el de no poder obtenerse de ella toda su utilidad. Conceptos ambos condicionados á su vez por la necesidad de que los defectos sean tales que, de haberlos conocido el comprador, ó no habría comprado la cosa, ó habría pagado un precio inferior./ (...) Resulta, por otra parte, de la expresión del Código, que cuando la cosa sea apta para el fin «A que se la destina», ó mejor dicho, «á que debe normalmente destinársela», pero este fin no puede conseguirse en su totalidad, es indispensable, para que el saneamiento se produzca, que el uso disminuya de tal modo, que de haber conocido el comprador el vicio, no hubiera celebrado el contrato en los términos en que lo ultimó. Lo cual acusa que la pérdida de utilidad ha de ser de alguna consideración, capaz de inducir al comprador á la no celebración del contrato tal y como se hizo; y significa que, de otra suerte, ó sea por diferencias de escasa entidad no tendrá lugar el saneamiento. Doctrina muy justa, consignada ya en el & 8.º de la ley 1.º, título I, libro XXI del Digesto, según la cual, si hubiera algún vicio ó enfermedad que impidan el uso y el servicio del hombre, dará lugar á la redhibición con tal que tengamos presente que las cosas muy leves no hacen ciertamente que sea considerado enfermo ó defectuoso; y que, por lo tanto, una ligera calentura, ó una cuartana antigua, pero que sin embargo puede ya despreciarse, ó una pequeña herida, no contienen en sí culpa porque no se hayan declarado, porque estas cosas pudieron despreciarse./ Resulta, en todo caso, que la determinación de cuáles sean los defectos ocultos que dan lugar al saneamiento no puede ser hecha específicamente dentro de los límites de un precepto legal, puesto que depende, sobre todo, de la intención del vendedor y comprador en el momento de la venta, en orden á la importancia de dichos defectos» [(1906) pp. 608-609]. V. *infra* [91] y nota 225.

Sobre el término «minor» del artículo 3.6 de la Directiva 1999/44, SIVESAND apunta que el derogado § 459.I.1 BGB (según el cual, en los vicios ocultos, una insignificante disminución en el valor o utilidad del bien no ha de tomarse en cuenta) puede ayudar en la interpretación de aquél: «German law might provide some useful insights here. Before the reform of the law of obligations in Germany, *all remedies from non-conformity were excluded if the non-conformity was minor* (§ 459 BGB, old version). Legal literature and case law concerning this provision may therefore be used to interpret the meaning of the new rule. Accordingly, *it must be determined in each individual case how the value or the usability is influenced by the lack of conformity in question. Concerning the value of the goods*, the following case provides a good example./ A property was sold for 4 million DM. The buyer later complained of vermin in the attic of the house. The cost for decontamination amounted to 6.500 DM. This constituted only 1.63% of the purchase price, and the non-conformity was therefore regarded as minor./ *If usability is profoundly affected*, the criteria are fulfilled even if the lack of conformity only represents a marginal reduction in value. A fact speaking against more that a minor lack of conformity is when usability can be restored through minimal efforts. Conversely, an it itself unimportant lack of conformity will become non-minor if it is difficult to cure. This is however not always the case: non-curable defects have on occasion also been regarded as minor, especially where the contract concerned the sale of a car. For instance, the fact that fuel consumption was 10% higher than indicated, or that the catalyst produced an unpleasant smell, have both been regarded as constituting minor lacks of conformity. However, in another case decided by an appellate court, it was decided that the fact that the maximum speed was over 5% lower than indicated by the producer did not constitute a minor lack of conformity./ In this case the maximum speed was said to be 172 km/h, whereas the actual maximum speed was 161 km/h, a difference of 6.3%. The court expressed the view that: «Long distance travelling at high speed, up to the maximum speed, is part of the natural use of a vehicle, even if

Por tratarse la falta de conformidad de un concepto indeterminado, está el problema de su puesta en práctica en tanto no se disponga de asentadas líneas judiciales. En mi opinión, la concreción de la escasa importancia debe hacerse a partir del contrato y con la consideración de que interviene un consumidor. De este modo, algo que puede considerarse en sí mismo de poca entidad, podrá no serlo desde la perspectiva del contrato celebrado, justificando la disponibilidad de la resolución. Si del contrato nada puede extraerse, la práctica habitual puede ofrecer alguna pauta. Y digo que puede ofrecer, porque la construcción del sistema de remedios por la falta de conformidad del Texto Refundido es que si el cumplimiento del contrato no tiene éxito, entonces, junto con la reducción del precio, se encuentra el remedio de la resolución, con la excepción analizada. Por todo ello, en los casos dudosos o de difícil calificación, considero que la falta de conformidad ha de calificarse de «*no*» escasa importancia, con la consecuente posibilidad de la resolución¹⁹¹. En esto se reconoce un alto nivel en la protección del consumidor.

this is questionable from an economic or environmental point of view». Moreover, the court was the opinion that failure to reach the indicated maximum speed often leads to a loss of value in new cars. Therefore, the lack of conformity was not regarded as minor and the buyer was granted termination of the contract. It is interesting to note that the car had already been repaired by the seller to mend the effects of storm damage and of a collision big game. The buyer had also complained of damage to the car's paint. One cannot help wondering whether these were not the true reasons behind the buyer's desire to terminate» [(2005) pp. 147-148; cursiva mía; cfr. con los PEL S *supra* [41]].

¹⁹¹ Distinta opinión sostiene BALDUS para el Derecho alemán: «(...), en la duda, un incumplimiento ha de verse como irrelevante, porque apartar la resolución permite conservar el contrato y, por tanto, la autovinculación en uso de la autonomía privada [(2006) p. 1633; v. pp. 1631-1633, 1613-1614]. Ha de tenerse en cuenta que el diseño de la regulación de la compraventa alemana difiere notablemente de la del Derecho español. En el BGB hay una regulación general de la compraventa (§§ 433-453) y ciertas normas específicas y complementarias para la venta de consumo [§§ 474-479; §§ 13 y 14 para las definiciones de consumidor y empresario; EBERS (2006-A) pp. 229-238]. El § 437 BGB, aplicable con un carácter general a la compraventa, enumera los derechos del comprador por los vicios de la cosa y en lo que interesa, preceptúa que el comprador puede resolver el contrato de acuerdo con el § 323 BGB. El § 323.V.2 BGB, de un carácter más general que el del § 437 BGB, señala que si el deudor no ejecuta la prestación de acuerdo con el contrato, *el acreedor no puede resolver si la violación del deber es irrelevante* (cfr. al art. 3.6 Directiva 1999/44; esta irrelevancia también está presente en el § 281.I.3 BGB para la indemnización). En la determinación del significado de § 323.V.2 BGB se discute si debe establecerse de acuerdo con el derogado § 459.I.2 BGB, que establecía en relación con los vicios de la cosa que no había de tomarse en cuenta una disminución insignificante del valor o de la aptitud de la cosa (cfr. *supra*, Sivesand, en la nota que precede a ésta), o si el umbral de la irrelevancia del § 323.V.2 BGB está por encima de aquél; se ha defendido que procede analizar globalmente la situación (tener en cuenta todos los intereses implicados) y constatar que la resolución es medida adecuada de solución en el caso (lo que justifica la liberación) [LOOSCHELDERS (2008) núm. 708 pp. 230-231 remitiéndose al núm. 628 p. 205; ERNST (2003) núm. 243 p. 2018]. Esta causa de exclusión del § 323.V.2 BGB no opera en la reducción del precio [§ 441.I.2 BGB]. Por otro lado, MARKEINIS/UNBERATH/JOHNSTON señalan que la exclusión de la resolución del § 323.V.2 BGB dependerá de las circunstancias del concreto caso y que es probable que el criterio que haya de aplicarse sea consider-

2.2 EL FUNDAMENTO DE LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 121 TR

[68] La solución adoptada por el legislador es una solución de equilibrio: por un lado se protege al consumidor ampliando el supuesto de hecho de la resolución y por otro se protege al vendedor, estableciendo un sistema jerarquizado de remedios.

A mi parecer, las razones que expuse como justificadoras del amplio supuesto de hecho de la resolución del artículo 11.3 LGDCU (*supra* [64]) son las que también laten en la resolución del artículo 121 TR. Es decir, al consumidor se le facilita la salida del contrato porque, cuando puede disponer del remedio de la resolución, el vendedor ya ha contado con la posibilidad de cumplir (siendo posible y no desproporcionado). Y porque facilitar al consumidor la posibilidad de la resolución supone permitirle recuperar los recursos que invirtió en el contrato o facilitarle la realización de una operación de reemplazo; pues el consumidor suele perseguir una satisfacción inmediata. El fin de la alta protección del consumidor está aquí presente.

2.3 LA JURISPRUDENCIA DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES EN TORNO AL ARTÍCULO 7 LG (VIGENTE ART. 121 TR)

[69] Las Audiencias Provinciales han aplicado ya el artículo 7 LG, idéntico al artículo 121 TR. Se advierte que esta nueva jurisprudencia no toma en cuenta la asentada construcción diseñada en torno a la resolución del artículo 11.3 LGDCU, en su claro intento de diferenciarse del *aliud pro alio* (art. 1124 CC); esto es: que la resolución del artículo 11.3 LGDCU no exige esa especial gravedad en el incumplimiento, que la jurisprudencia requiere en el *aliud pro alio* y el artículo 1124 CC. Lo cual no parece deseable, pues, admitiendo las diferencias existentes entre los textos jurídicos aplicados (arts. 11.3 LGDCU y 121 TR), ambos comparten ciertos aspectos en la protección del consumidor. En ambos, *la resolución es remedio de segundo grado y se amplia el campo de aplicación de su supuesto de hecho*. Este olvido puede encerrar un potencial riesgo: que de manera progresiva pudiera interpretarse la falta de conformidad de escasa importancia (la falta de conformidad de no

rablemente menos estricto, que aquéllos que se aplican al incumplimiento esencial de la CISG [(2006) pp. 508-509].

Más allá del § 323.V.2 BGB, ZIMMERMANN informa de posibles problemas de ajuste del Derecho alemán con la Directiva 1999/44 y destaca el problema metodológico de, hasta qué punto las normas alemanas han de interpretarse de conformidad con la Directiva 1999/44; esto es, solo para las compraventas de consumo o también para otro tipo de ventas [(2008) pp. 121-122, también nota 193; p. 109 también nota 121]. En la misma línea, MARKESINIS/UNBERATH/JONHSON (2006) pp. 516-517.

escasa importancia) conforme al modelo jurisprudencial construido para el *aliud pro alio* y el artículo 1124 CC. Sería mejor utilizar las líneas desenrolladas por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales en la aplicación del artículo 11.3 LGDCU. Cuestiones jurídicas que pueda plantear la aplicación del artículo 121 TR, han podido ser tratadas por las Audiencias Provinciales a propósito del artículo 11.3 LGDCU.

[70] Pero antes de que proceda al concreto análisis de las sentencias de las Audiencias Provinciales, conviene que realice esta genérica caracterización:

a) En algunas sentencias, no empleándose el lenguaje y la doctrina judicial construida en torno al 11.3 LGDCU, de alguna manera puede percibirse cierta reminiscencia *en el sentido* de que se señala que el bien no tiene el nivel de confort exigible o no se entregó en perfectas condiciones (funcionales y estéticas)¹⁹².

b) En otras ocasiones, *sumado* a la Ley de Garantías (Texto Refundido), aparece la jurisprudencia del *aliud pro alio* (art. 1124 CC)¹⁹³. Hay casos en los que fracasa el intento de cumplimiento del vendedor y el bien es total o substancialmente inútil; esto es, el supuesto encaja directamente en la doctrina del *aliud pro alio*. Lo mismo ocurría en la aplicación del artículo 11.3 LGDCU. Hay una aplicación conjunta de normas que conducen al mismo resultado, la resolución del contrato.

c) Finalmente, he localizado una sentencia, que en la aplicación de la resolución del artículo 7 LG, utiliza el lenguaje que el Tribunal Supremo frecuentemente emplea en la resolución del artículo 1124 CC: la del «verdadero y propio incumplimiento»; la de que se ha «frustrado el fin del contrato»¹⁹⁴. Y en otra sentencia puede leerse, que es requisito de la resolución del artículo 7 LG, «que la falta de conformidad afecte a un aspecto sustancial de la cosa entregada que no sea de escasa importancia»¹⁹⁵. En ambas sentencias hay una aproximación terminológica de la resolución por falta de conformidad de la Ley de Garantías (Texto Refundido) a la del CC y, como he dicho, evidencia ese posible riesgo de que la resolución de la Ley de Garantías (Texto Refundido) pudiera acercarse al modelo jurisprudencial del *aliud pro alio*.

¹⁹² SAP Zaragoza, 4.^a, 14.2.2007 (Pte. Navarro Peña), SAP A Coruña, 5.^a, 25.1.2007 (Pte. Conde Nuñez), SAP Murcia, 4.^a, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán).

¹⁹³ SAP Pontevedra, 1.^a, 15.2.2007 (Pte. Rodríguez González).

¹⁹⁴ SAP Salamanca, 1.^a, 30.6.2004 (Pte. Marino Borrego). También está presente la frustración del contrato en la SAP A Coruña, 5.^a, 25.1.2007 (Pte. Conde Nuñez).

¹⁹⁵ SAP Granada, 4.^a, 3.10.2007 (Pte. Ruiz-Rico Ruiz) FD 1.^o *in fine*.

[71] A continuación expongo en detalle las sentencias de las Audiencias Provinciales que han aplicado el artículo 7 LG. Las he clasificado en función de que estimen o desestimen la resolución ejercitada por el consumidor.

A) *Sentencias que estiman la resolución*

A.1 SAP de Zaragoza, 4.^a, 14.2.2007 (Pte. Navarro Peña)

[72] *Caso.*— El 25 de enero de 2005, el consumidor adquirió un coche nuevo. Cuando accionaba el pedal del embrague se producía un ruido molesto, que provocaba una sensación extraña; también se producía cierta vibración. Todo ello afectaba al confort del coche, pero no a su seguridad, ni a su funcionamiento. El vendedor intentó la reparación; pero no lo consiguió. El Juzgado de Primera Instancia considera no adecuada la resolución ejercitada por el consumidor y condena al vendedor a la reparación. Ambas partes –vendedor y consumidor– recurren.

En su recurso, el consumidor reclama la resolución; subsidiariamente, la sustitución del vehículo por otro nuevo de las mismas características. El vendedor pide la desestimación, *alegando la levedad o intrascendencia de la falta de conformidad*. La Audiencia Provincial declara la resolución y desestima el recurso del vendedor.

[73] *Doctrina de la Audiencia Provincial.*— La Audiencia entiende que las deficiencias del vehículo constituyen una falta de conformidad por no cumplirse el requisito del artículo 2.1.d) LG (*sic*, art. 3 LG; art. 116.1.d) TR); esto es, el vehículo no tiene la calidad, ni las prestaciones habituales a tal tipo de bien¹⁹⁶. Señala que el comprador inicialmente optó por la reparación, pero la deficiencia resultó irresoluble; es entonces cuando el consumidor opta por la resolución, a lo que tiene derecho por *no tratarse de una falta de conformidad de escasa importancia* (art. 7 LG). *La deficiencia del vehículo incide muy negativamente en el nivel de confort de un vehículo nuevo de la categoría del adquirido* (Laguna Berlina, Renault). Y tal deficiencia no ha de soportarla el consumidor. Procede la resolución. (FD 3.^º)

A.2 SAP A Coruña, 5.^a, 25.1.2007 (Pte. Conde Nuñez)

¹⁹⁶ En concreto: no «presenta la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo en cuanto al referido mecanismo de embrague, que no tiene por qué producir ruido mecánico ni vibración cada vez que se usa, afectando con ello negativamente la confortabilidad en el uso de un vehículo automóvil nuevo» (FD 2.^º).

[74] *Caso.*— El consumidor adquirió unos muebles (conjunto modular de vitrinas, mesa, cuatro sofás y demás) que se instalaron en su vivienda a principios de septiembre de 2004. A los pocos días, aquél señala su disconformidad con los muebles y el vendedor procede a sustituirlos, por otros. Los muebles suministrados esta segunda vez también adolecieron de defectos, discrepando el consumidor y el vendedor acerca de su entidad.

El consumidor demanda al vendedor y ejerce la resolución del contrato, pide la retirada de los muebles de su casa e indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia entiende que las faltas de conformidad son *de escasa importancia* y no estima la resolución. En cambio, la Audiencia Provincial considera que las faltas de conformidad *no son de escasa importancia* y declara la resolución. Por el interés que presenta que unos mismos defectos se califiquen de manera distinta (dificultad aplicativa de los conceptos indeterminados), voy a exponer los razonamientos de ambos Tribunales. (La sentencia de primera instancia la conozco a través de la Audiencia).

[75] *Doctrina del Juez de Primera Instancia.*— A cada uno de los defectos alegados, el Juez de Primera Instancia indica:

a) Sobre que el mueble del salón está sin montar, al no caber en la estancia por la dimensión de aquél: *se trata de una deficiencia fácilmente subsanable y además, el vendedor parece que tenía intención de reparar.*

b) Sobre el rayado del cristal de la mesa: *es algo inapreciable y no pudo procederse a su sustitución pues al vendedor se le dijo, que abandonase los trabajos de instalación.*

c) Sobre que el aparador simétrico de video presenta ligeramente separada la cornisa del zócalo interior: *ello difícilmente se aprecia en las fotografías.*

d) Sobre que en una esquina del frontal, el barnizado no se ha fijado correctamente, presentando diferentes tonalidades: *es sabido que la madera wengue tiene vetas muy pronunciadas; fue, además, la madera que el consumidor eligió; en consecuencia, las distintas tonalidades de la madera no pueden considerarse una falta de conformidad.*

e) Y sobre que el sofá del rincón tiene rota una zona del forrado interior: *es una deficiencia fácilmente subsanable, y el sofá fácilmente sustituible.*

El Juzgado de Primera Instancia admite que hay faltas de conformidad en los bienes entregados y reconoce las incomodidades que supone sustituir los bienes por otros conformes. Ahora bien,

considera que *esas incomodidades no autorizan a la resolución del contrato, solución que considera desproporcionada, dado que aquélla exige que la falta de conformidad tenga entidad suficiente. Señala además, que admitir la resolución introduciría en la sistemática del mutuo equilibrio de las prestaciones recíprocas una puerta para que el consumidor pueda resolver, cuando cambie de opinión o de criterio, al margen de la entidad de la diferencia entre lo pactado y lo entregado.* (FD 3.º)

[76] *Doctrina de la Audiencia Provincial.*— La Audiencia estima la resolución, lo que apoya en distintos órdenes.

a) En primer lugar tiene en cuenta el informe pericial que acompañó a la demanda, en el que se señalaba las deficiencias de los muebles y otros datos.¹⁹⁷

b) En segundo lugar, destaca el hecho de que tras la primera entrega del mobiliario, el consumidor aceptó el suministro de otro idéntico, que también resultó defectuoso. *En esta situación, no puede obligarse al consumidor a una nueva sustitución o reparación. El consumidor no tiene garantía de que con una nueva oportunidad de cumplimiento, los muebles que vayan a entregarse sean conformes al contrato. Tiene una pérdida de confianza en el futuro cumplimiento del vendedor.* (FD 3.º)

c) Y en tercer lugar se destaca, que la entidad de los daños debe ponerse en relación con el objeto del contrato. Y así, si defectos pequeños no pueden dar lugar a la resolución, por ejemplo, de la compraventa de una vivienda, sí pueden en cambio permitirlo para la compra de unos muebles, *pues éstos han de suministrarse funcional y estéticamente en perfectas condiciones.* (FD 3.º)

¹⁹⁷ «En primer lugar, en el informe pericial acompañado con la demanda, además del contenido que se recoge en el fundamento de derecho tercero de la resolución, consta que «el conjunto del mueble del salón no reúne las condiciones funcionales mínimas pues los módulos no están montados para su uso, ni, según lo observado, estos se pueden ensamblar, además de no reunir unas condiciones estéticas adecuadas para las deficiencias observadas en el mueble...»; y en el acto del juicio dicho perito manifestó que el mueble está mal acabado en varias de las piezas, que los muebles no tenían la calidad que corresponde a su precio y que si estuviera bien barnizado no tendrían esos defectos de acabado. Además, aún cuando la sentencia apelada considerase que las distintas tonalidades del mueble carecen de importancia, ello está en contradicción con el propio parecer, tanto del representante legal de la entidad actora, como del representante legal del fabricante, el manifestar el primero de ellos, después de decir que ninguno de los defectos que tenían los muebles eran importantes, que le ofrecieron al actor hacerle barnizado especial y que para ello vendrían de fábrica, y al declarar el segundo que el acabado de los muebles no era normal, aunque se arreglaba con un barnizado» [FD 3.º; SAP de Zaragoza, 4.ª, 14.2.2007 (Pte. Navarro Peña)].

En definitiva, la Audiencia Provincial estima la resolución¹⁹⁸: el incumplimiento del vendedor *frustró la finalidad del contrato tanto por la demora en la entrega, cuanto por los deterioros de los muebles* (FD 3.º).

A.3) SAP de Murcia, 4.ª, 30.5.2006 (Pte. Moreno Millán)¹⁹⁹.

[77] *Caso.*— El vehículo adquirido tuvo diversos defectos, que no afectaban a su seguridad y estabilidad, aunque sí al confort y adecuada conducción. Los defectos fueron: ruidos anómalos en el eje trasero, desajuste de las gomas de las puertas o de desajuste de éstas, ausencia de impermeabilización de los faros, avanzado estado de oxidación del catalizador, vibraciones de la palanca de cambio, desajustes del salpicadero, tapacubos, falta de potencia aún siendo el vehículo de baja potencia, vibraciones de origen desconocido (FD 4.º). Eran defectos insubsanables. El consumidor demanda la sustitución del vehículo (acción principal); subsidiariamente, la resolución del contrato; en ambos casos, junto con indemnización de daños y perjuicios.

El Juzgado de Primera Instancia considera desproporcionada la sustitución del vehículo y declara la resolución. Recurren el comprador y los codemandados (vendedor y fabricante). La Audiencia también entiende desproporcionada la sustitución del vehículo, así como excesivamente onerosa para el vendedor, pues los defectos no afectaban a la seguridad y estabilidad del vehículo (FD 4.º). Considera que los defectos tienen entidad suficiente para estimar la resolución, confirmando la sentencia de instancia.

[78] *Doctrina de la Audiencia Provincial.*— Según la Audiencia (FD 4.º), las deficiencias, catalogándose de secundarias, son de entidad suficiente para admitir la resolución. Lo justifica en lo que sigue:

a) Los reiterados intentos de reparación del vehículo han sido infructuosos, persistiendo y siendo continuas las deficiencias. Las anomalías son insubsanables.

b) Aunque las deficiencias no afecten a la seguridad, ni al funcionamiento (se ha recorrido más de 40.000 kilómetros), sí

¹⁹⁸ La resolución es del contrato de los muebles y *de los sofás*: «(...), relativo a los sofás, por cuanto, aun cuando estos últimos no presentaban defectos —si exceptuamos un roto en uno de ellos en la zona del forrado interior, reconocido por el representante legal de la entidad demandada en el acto del juicio—, el mobiliario y los sofás componen un conjunto homogéneo, y por lo tanto, si no le interesa al actor quedarse con los sofás entregados no deteriorados, no puede obligársele a aceptar un amueblamiento formado por unidades heterogéneas de distintas procedencias. Ello conlleva la estimación del recurso de apelación en cuanto a la petición de la demanda de que se reintegre al actor la cantidad de (...)» [FD 3.º; SAP de Zaragoza, 4.ª, 14.2.2007 (Pte. Navarro Peña)].

¹⁹⁹ Di cuenta de ella *supra* [66] [i].

afectan a una conducción adecuada y a un básico y elemental confort (como las posibles filtraciones de agua y aire en el habitáculo, los ruidos y vibraciones constantes en la marcha del vehículo o los riesgos y peligros por la ausencia de impermeabilización en los faros).

c) Ha de tenerse en cuenta la naturaleza de las anomalías, la clase de bien de que se trata, el uso al que se destina, y el interés del consumidor.

A.4) SAP de Pontevedra, 1.^a, 15.2.2007 (Pte. Rodríguez González)

[79] Caso.— El consumidor adquirió un pavimento para instalarlo en el suelo del cuarto de baño de su vivienda. A los seis meses, sin haberlo instalado, compra otra partida para toda la casa. Tras la instalación, el consumidor descubre que no cumple su fin o uso: por la porosidad que tienen las baldosas, estas absorben rápidamente la suciedad, siendo imposible limpiar las manchas adquiridas. No hay un tratamiento que evite la absorción de la suciedad. El consumidor ejerce la resolución del contrato, junto con la indemnización de daños y perjuicios²⁰⁰. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, lo que confirma la Audiencia Provincial.

²⁰⁰ La partes discrepan sobre la normativa aplicable. *El vendedor* entiende aplicable la Ley de Garantías y señala que ante la falta de conformidad (que entiende que no hay), el consumidor debe optar entre la reparación o la sustitución y, si éstas no proceden, cabe resolver. *El consumidor* no considera aplicable la Ley de Garantías y fundamenta la demanda inicial en los artículos 25 a 31 LGDCU y en la jurisprudencia del *altius pro alio*. Éste quería que se quitase del suelo de su casa todas las baldosas, al ser inútiles al fin para el que las compró; que se dejase el suelo como estaba con anterioridad a la instalación de las baldosas; y la devolución de las baldosas. A su entender, ejercitaba la acción de indemnización de daños y perjuicios, acción que no regula la Ley de Garantías, la cual se remite a la legislación civil y mercantil que resulte aplicable (DA.II LG). En el FD 2.^o, la Audiencia Provincial determina la legislación aplicable y el remedio que el consumidor ejerce: «El marco normativo al que debemos acudir es el previsto en la Ley 23/2003 de Garantía de Venta de Bienes de Consumo (...)./ En consecuencia, a juicio de esta Sala es compatible el ejercicio de las acciones indemnizatorias del CC con las acciones resolutorias de la propia Ley y también del art. 1124 del CC y en el caso se están ejercitando ambas. La actora reclama la devolución de lo pagado, eso no es una indemnización sino un efecto de la resolución y lo es tanto que invoca a su favor el art. 1124 del CC en relación con la doctrina del «*altius pro alio*», y además ejerce la correspondiente indemnización de daños y perjuicios: los gastos del albañil y de levantamiento del pavimento deteriorado. Como quiera que nos hallamos ante la posición de un consumidor que, además, ha comprado, adquiere plena vigencia la aplicación de la Ley de Garantías en la compraventa, Ley 23/2003 que expresamente contempla la posibilidad –en ciertas condiciones– de resolver la venta. No se incurre con ello en variación de la causa de pedir, es la misma, la resolución por incumplimiento en ambos casos, lo que habrá es de aplicarse una legislación beneficiosa y favorable al consumidor, como ella prevé en la Exposición de Motivos (...)» (FD 2.^o, cursiva mía).

[80] *Doctrina de la Audiencia Provincial*.— La Audiencia aplica la Ley de Garantías y la jurisprudencial del *aliud pro alio*:

a) Hay falta de conformidad (art. 3 LG), pues: el bien no se ajusta a la descripción hecha por el vendedor, ni posee las cualidades de la muestra o modelo; ni es apto para el uso ordinario al que se destinan bienes del mismo tipo; ni tiene la calidad, ni las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor pueda fundamentalmente esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del bien y las declaraciones públicas que hubiere sobre las características de los bienes. (FD 3.º)

La Audiencia Provincial asocia los artículos 7 LG y 1124 CC y señala que el consumidor elige la resolución, no siendo la falta de conformidad de escasa importancia. Explica que el consumidor podía optar por la resolución, porque *con la sustitución* de las baldosas por otras del mismo tipo (esto es, idénticas), el resultado de la absorción de suciedad sería el mismo; y porque no cabía *la reparación*, pues la limpieza profunda de las baldosas no garantizaba que no volvieran a mancharse. Además, *la reducción del precio* no daría satisfacción al consumidor, aparte del hecho de que la facultad de elegir entre la reducción del precio y la resolución del contrato corresponde al consumidor. (FD 3.º)

b) Hay un *aliud pro alio* (art. 1124 CC): las baldosas fueron *inhábiles totalmente para su destino*, justificando que el comprador, a quien no se informó, pueda resolver. No se está ante un vicio oculto. (FD 3.º).

B) *Sentencias que no estiman la resolución: la falta de conformidad de escasa importancia*

B.1) SAP de Granada, 4.ª, 3.10.2007 (Pte. Ruiz-Rico Ruiz)

[81] *Caso*.— El consumidor adquirió una motocicleta. A los pocos días de ser entregada, se manifestaron problemas en el arranque con origen en el sistema eléctrico. En diversas ocasiones, el consumidor llevó el ciclomotor al servicio de reparación (sin éxito; no se averigua la causa de la avería). Finalmente, *el 22 de julio de 2005*, aquél devuelve la moto con la intención de resolver el contrato. Entonces se desmonta todo el sistema eléctrico y, consultándose a fábrica, se averigua que el problema se debía a que se había instalado un fusible de siete amperios y el recomendado por el fabricante era de diez. Se procede a la reparación definitiva, que se efectúa en breve tiempo: la moto se pone a disposición del consumidor *el 28 de julio de 2005*. Éste no quiso hacerse cargo de ella.

En primera y en segunda instancia se desestima la demanda del consumidor.

[82] *Doctrina de la Audiencia Provincial.*— La Audiencia señala que más que la Ley 22/1994, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, al caso es aplicable el artículo 11.3.b) LGDCU, que permite resolver si la reparación es insatisfactoria y el objeto no reviste las condiciones óptimas para el uso al que está destinado. En términos parecidos –continúa la Audiencia– se sitúa el artículo 7 LG, que establece como presupuestos de la resolución: *primero*, que el consumidor no pueda exigir la reparación o la sustitución del bien o que éstas no se hayan realizado en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor; y *segundo*, que la falta de conformidad afecte a un aspecto sustancial de la cosa entregada que no sea de escasa entidad». (FD 1.º).

Para el caso, afirma: «de acuerdo con el citado artículo 7 de la Ley 23/2003, la reparación definitiva fue realizada en un plazo razonable desde la primera vez que fue llevada al taller. Además, la falta de conformidad del objeto se debía a un factor de mínima trascendencia (un mero fusible). No ha quedado acreditado que pudiera ser otra la causa, pues como indicó el perito-testigo (...) el defecto del fusible también afectaba al arranque mecánico de la motocicleta a través del pedal. En consecuencia, no correspondía en este caso la resolución del contrato» (FD 2.º).

[83] Diversas reflexiones me suscita esta sentencia:

a) A veces sucede que adoleciendo el bien de un defecto menor (fallo de un fusible), tal defecto incide de manera notable en su uso como ocurre en este caso (la moto tiene problemas de arranque). Si no se logra subsanar el defecto, su notable incidencia en el uso supone que hay una falta de conformidad de importante entidad.

Asimismo tiene relevancia el coste de lograr la reparación –por ejemplo, debe desmontarse todo el bien o una substancial parte– y el tiempo que aquélla requiera (el consumidor suele perseguir una satisfacción inmediata de sus necesidades).

b) El consumidor pasó por varios intentos de reparación y tras ellos fue cuando intentó resolver. Los fracasos en las reparaciones generan en el consumidor una legítima desconfianza en el posible y futuro cumplimiento del vendedor. Creo que esto debía haberse tenido en cuenta en la solución del caso²⁰¹.

²⁰¹ Y en la condena en costas, la Audiencia Provincial señala: «(...) que el caso presenta serias dudas de hecho o de derecho» (arts. 394.1 y 398.1 LEC). Según aquélla, hay dudas, «a la vista de las circunstancias acaecidas, de la falta de reparación de la motocicleta».

c) En la sentencia se percibe la medida de presión que para el cumplimiento implica disponer de la facultad de resolver. Tras varios intentos de reparación sin éxito, el consumidor devuelve la motocicleta con la intención de resolver y, entonces, el vendedor reacciona, desmonta el sistema eléctrico e, informándose del fabricante, consigue reparar la motocicleta.

d) Mi última reflexión va referida a la afirmación judicial de que el vendedor reparó (definitivamente) en un plazo razonable, no procediendo la resolución. Una vez más señalaré que el consumidor acudió en varias ocasiones al vendedor para la reparación de la moto y todas, excepto la última, resultaron infructuosas. Hay una clara inclinación de la Audiencia Provincial a la conservación del contrato.

Distinta solución acoge la SAP Alicante, 8.^a, 24.1.2007 (Pte. Soler Pascual). Se había adquirido un vehículo, que el vendedor reparó fuera del plazo razonable. El caso fue como sigue. Mediante compraventa celebrada el 10 de junio de 2004, el consumidor compró un vehículo de segunda mano, con una garantía de motor y de caja de cambios de doce meses. El vehículo tuvo defectos mecánicos cubiertos por la garantía y *en febrero de 2005* se depositó para su reparación. *El 23 de marzo*, el consumidor presenta una reclamación ante la OMIC por falta de reparación y en el expediente, la demandada manifestó, *el 10 de mayo*, que procedería a la reparación. *El 30 de septiembre*, el consumidor se presenta con Notario en el taller, dejando constancia de la no reparación del vehículo («con el motor desmontado y fuera de su sitio», FD 2.^º). Finalmente, *a primeros de octubre*, el vehículo es reparado. El consumidor ejercita la resolución del contrato. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Recurre el vendedor y la Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia.

El vendedor señala que el retraso en la reparación se debió a una causa ajena. Para la Audiencia, la cuestión a decidir es la de la relevancia jurídica que puede tener el hecho de que el vehículo esté finalmente reparado. Según la Audiencia, es un hecho irrelevante la reparación definitiva del vehículo; lo que es decisivo es si la reparación se hizo en plazo prudencial, exigencia que se deriva de los artículos 7 y 6 LG. Aunque finalmente se lleva a cabo la reparación, esta tiene lugar transcurridos casi ocho meses después de que el vehículo se depositase para repararlo, retraso que ha tenido lugar sin razón o justificación. La adquisición del vehículo no ha revestido la satisfacción que debía al adquirente. No es admisible que el vendedor insista en que, reparado el vehículo, la cuestión queda solventada. (FD 2.^º).

B.2 SAP de Salamanca, 1.^a, 30.6.2004 (Pte. Marino Borrego)

ta en las diversas ocasiones en que fue llevada al taller, *lo que justificaba la creencia del demandante de que podía dar por resuelto el contrato junto a la natural desconfianza en la conducta de la contraparte*» (FD 4.^º).

[84] *Caso.*— El consumidor adquirió una moqueta para colocarla en su vivienda bajo una mesa de billar. Elige el tipo, color y textura, sobre muestrario que se le ofrece. Da un anticipo de 150 euros, sobre el total del precio de 591,94 euros. Entregada la moqueta, al ir a colocarse se aprecian, según el consumidor, manchas de grasa o similar y asimismo se aprecia que la textura de la moqueta tiene el inconveniente estético de que las pisadas sobre ella son indelebles. Da cuenta de ello al vendedor, exigiéndole que la retire y sustituya por otra que no tenga tal defecto o de no ser así, que le devuelva lo pagado, efecto de la resolución del contrato. El vendedor le responde que, abonado el resto del precio, procederá a reparar o sustituir la moqueta. El consumidor no lo acepta. (FD 2.º)

El vendedor demanda al consumidor, solicitando el pago del precio y este último se opone. El Juez de Primera Instancia desecha la ejecución pretendida por el vendedor en el procedimiento monitorio y desestima la demanda de oposición del consumidor. Éste recurre. La Audiencia Provincial desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

[85] *Doctrina de la Audiencia Provincial.*— Según la Audiencia, siendo cierto que la moqueta presenta las manchas denunciadas, también lo es que no hay prueba de que el consumidor exigiera, en el momento de contratar, que en la moqueta no quedasen huellas de pisadas, ni tampoco que se le garantizase que no se daría tal defecto. Lo que sí es claro es que el cliente vio el muestrario, lo examinó y aceptó y encargó la moqueta sin condición o a prueba. Además, el que las pisadas dejen marchas, no supone la no idoneidad del bien para soportar una mesa de billar y el tránsito de quienes se aplican a ese deporte. (FD 3.º)

Dicho esto, la Audiencia Provincial señala que la resolución del contrato (arts. 1124 CC, 7 LG), así como la *exceptio non adimpleti contractus*, exigen un «verdadero y propio incumplimiento de alguna de las obligaciones que se presentan como principales del mismo» (FD 3.º). Además, hay otras soluciones, especialmente las de garantía o indemnizatorias, que el vendedor anuncia al consumidor (reparar, sustituir), previo pago del resto del precio, a lo cual tiene legítimo derecho. Esta solución propuesta por el vendedor no la acepta el consumidor «por una causa o defecto accesorio, que en modo alguno frustra el destino del objeto de modo principal o esencial, y sí solo la apariencia estética, que agrade o no fue el interesado quien la eligió; de modo que sin admitir su posible equivocación, si tanta trascendencia le otorga, ni cumplir su obligación de pago, toma la resolución de resolver el contrato, de forma unilate-

ral, que por lo argumentado carece de mejor causa y amparo legal». (FD 3.º)

[86] Finalmente, haré una mera referencia a la SAP de Madrid, 14.ª, 18.10.2006 (Pte. García de Ceca).

El 6 de febrero de 2004, el comprador adquirió un turismo que tuvo distintas averías: en el mecanismo de elevalunas, en la alineación de los neumáticos, el motor se calentaba y fallo en la batería. El comprador ejercita la resolución del contrato junto con la indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se desestima la demanda porque los defectos en el elevalunas, en el paralelo de las ruedas y en el desgaste de la batería *son por su naturaleza accesorios o secundarios, descartándose como causa de resolución* (FD 1.º; podrá pretenderse la reparación, FD 3.º). En cuanto al sobrecalentamiento del motor y sus graves consecuencias, ello se debió a *un mal uso*: hubo una pérdida de refrigerante y el usuario no llevó el coche a reparar al taller, sino que ante los continuos sobrecalentamientos, se limitó a echar agua en el motor y la continuación en el uso, en tales condiciones, provocó los posteriores daños (FD 1.º y 3.º). Recurre el consumidor y la Audiencia Provincial confirma el fallo de primera instancia (v. FD 5.º).

III. DIFERENCIAS ENTRE EL SUPUESTO DE HECHO DE LA RESOLUCIÓN DEL Artículo 121 TR Y EL DEL Artículo 1124 CC (ALIUD PRO ALIO)

3.1 EL ESTADO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL ALIUD PRO ALIO

[87] A continuación me voy a ocupar de constatar cuál ha sido la evolución de la doctrina del Tribunal Supremo referida al *aliud pro alio*. Esta es una doctrina asentada de la que en su momento me ocupé y que no requiere mayor explicación²⁰², si bien debo recordar que la jurisprudencia del *aliud pro alio* permite la posibilidad de la resolución del contrato, de su cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios. Lo único que ahora me importa constatar es cual ha sido en los últimos años el desarrollo de dicha doctrina. Me importa por lo que he advertido anteriormente, por si en la evolución de las Audiencias Provinciales pudiera acercarse la falta de conformidad de no escasa importancia al modelo jurisprudencial del *aliud pro alio* y la resolución del artículo 1124 CC (*supra* [69]). Y también me importa, porque, posteriormente, analizaré las concretas diferencias entre la resolución del artículo 121 TR y la del artículo 1124 CC y el *aliud pro alio* (*infra* [92] ss.).

²⁰² FENOY PICÓN (1996) pp. 187 ss.; *supra* nota 175.

[88] He acotado un período de cinco años: desde 2003 hasta 2007. Puede afirmarse que no existe una variación en la jurisprudencia del *aliud pro alio*. En este sentido, por ejemplo: STS, 1.^a, 9.7.2007 (Pte. Xiol Ríos)²⁰³; STS, 1.^a, 9.7.2007 (Pte. Almagro Nosete)²⁰⁴; STS, 1.^a, 14.2.2007 (Pte. García Varela)²⁰⁵; STS, 1.^a, 16.5.2005 (Pte. García Varela)²⁰⁶; STS, 1.^a, 4.4.2005 (Pte. García

²⁰³ STS, 1.^a, 9.7.2007 (Pte. Xiol Ríos). Compraventa de vivienda, con plaza de garaje y trastero (éste inmediato a la plaza de garaje). El trastero fue inútil para su fin (depósito): presentaba humedades y ausencia de ventilación. Los compradores demandan su reparación (cumplimiento) e indemnización, lo que se estima en primera y segunda instancia. El Tribunal Supremo no casa [v. FD 3.^o, B) y C)]. El vendedor sorprendentemente alega, en el primer motivo de casación, que la acción de incumplimiento acogida en la sentencia requiere de un incumplimiento grave del contrato. Pero, como aprecia el Tribunal Supremo, una cosa es el remedio del cumplimiento del contrato, con sus límites, y otra el de la resolución y la exigencia del incumplimiento grave corresponde a este último. El Tribunal Supremo cita el artículo 7.3.1 (2) (b) Principios Unidroit (*supra* nota 33) y utiliza en diversas ocasiones la expresión de «incumplimiento sustancial».

²⁰⁴ STS, 1.^a, 9.7.2007 (Pte. Almagro Nosete). Compraventa entre particulares, de dos plazas de garaje que resultaron físicamente muy incómodas de maniobrar por sus dimensiones y ubicación. Los compradores demandan la resolución del contrato, lo que se estima en primera instancia. Ambas partes recurren, desestimando los recursos la Audiencia Provincial. Los vendedores recurren en casación y el Tribunal Supremo no casa. En el FD 2.^o: «(...), conforme a la caracterización jurisprudencial, conducen a apreciar tal condición de inhabilidad o de impropiedad del objeto para su habitual destino, para lo cual es suficiente una cierta gravedad obstativa para el normal disfrute de la cosa con arreglo al mismo (...), o que se convierta el uso en gravemente irritante o molesto (...), debiendo considerarse como esencial (...) la adecuación que las plazas de garaje han de tener respecto al fin que les es propio, adecuación que alcanza tanto a las dimensiones como a los accesos a las mismas» (cursiva mía).

²⁰⁵ STS, 1.^a, 14.2.2007 (Pte. García Varela; EDJ 2007/7275). Varios compradores demandan al Banco de quien habían adquirido las viviendas (durante veinte años los compradores habían sido arrendatarios y el Banco, arrendador); suplicaban que se condensase al vendedor al pago de los gastos de rehabilitación del inmueble, consecuencia de que aquél adolecía de aluminosis, fundamentándolo en la doctrina del *aliud pro alio*. En primera y segunda instancia se acogió parcialmente la demanda. El vendedor recurre y el Tribunal Supremo casa. Considera que el vendedor cumplió correctamente su prestación de entrega de la cosa, pues la causa de las patologías por aluminosis se debió a que el edificio se construyó en una época en que la construcción con cemento aluminoso no estaba legalmente prohibida; *hubo fuerza mayor externa*. No hay un supuesto de *aliud pro alio*. (FD 3.^o). Hay otra sentencia de la misma fecha y Ponente (EDJ 2007/7283) en la que demanda otro comprador. La solución que se da en esta otra sentencia es igual: *las patologías por aluminosis tiene origen en fuerza mayor externa* (v. FD 2.^o).

²⁰⁶ STS, 1.^a, 16.5.2005 (Pte. García Varela). Venta de inmueble con destino a oficina (fin incorporado al contrato); pero, no pudo destinarse porque había un defecto en su estructura: en las vigas principales con riesgo para los usuarios, siendo preciso consolidar la estructura. El comprador demanda a los vendedores y suplica el cumplimiento del contrato (costes de adecuar el edificio y los que se devenguen en ejecución de obra). En primera instancia se estima en parte la demanda (en menor cuantía de la solicitada). Los vendedores recurren y la Audiencia Provincial revoca en parte (condena a una menor cuantía). Los vendedores vuelven a recurrir, alegando inaplicación de los artículos 1484, 1490 CC y aplicación indebida de los artículos 1101 y 1124 CC: por ser compraventa específica señalan que se aplica el régimen de los vicios ocultos, además de que el comprador no quedó totalmente insatisfecho. El Tribunal Supremo no casa: considera que hubo un *aliud pro alio* (v. FD 2.^o).

Varela)²⁰⁷; STS, 1.ª, 9.3.2005 (Pte. Auger Liñán)²⁰⁸; STS, 1.ª, 21.9.2004 (Pte. Villa Gómez Rodil)²⁰⁹; STS, 1.ª, 27.2.2004 (Pte. García Varela)²¹⁰; STS, 1.ª, 10.12.2003 (Pte. Marín Castán)²¹¹;

²⁰⁷ STS, 1.ª, 4.4.2005 (Pte. García Varela). Compraventa de vivienda, cuyas vigas tenían termitas. El comprador demanda a los vendedores, suplicando la reparación del inmueble e indemnización por el desalojo provisional; subsidiariamente, la resolución del contrato. En primera instancia se estima la resolución de la compraventa. La Audiencia Provincial absuelve a los vendedores: califica la anomalía de vicio oculto y considera que la acción del comprador había caducado. El Tribunal Supremo casa. Entiende que no es aplicable el saneamiento por vicios ocultos, pues lo que ha habido es un incumplimiento del vendedor por entrega de cosa inhábil (*aliud pro alio*). La existencia de termitas afecta a la durabilidad del inmueble y a la seguridad de las personas (FD 2.º). Confirma la sentencia de primera instancia.

²⁰⁸ STS, 1.ª, 9.3.2005 (Pte. Auger Liñán). Compraventa entre empresarios de diversas máquinas para fabricar calzado. Entregadas, el comprador comprueba que algunas de las máquinas carecen de la placa identificativa según normativa vigente, otras no coinciden con el modelo pactado, otras presentan señales de óxido y una es de segunda mano y sufre pérdida de aceite. El comprador demanda al vendedor y ejercita la resolución del contrato e indemnización de daños. El vendedor reconviene; suplica la resolución del contrato por incumplimiento del comprador, pérdida del precio entregado e indemnización. En primera instancia se desestima la demanda y se estima la reconvenCIÓN. La Audiencia Provincial estima la demanda del comprador. El vendedor recurre en casación. El Tribunal Supremo confirma la sentencia de la Audiencia Provincial, excepto en la condena al pago de daños y perjuicios y pago de costas de primera instancia. (V. FD 3.º).

²⁰⁹ STS, 1.ª, 21.9.2004 (Pte. Villagómez Rodil). Compraventa de un tractor que resultó no utilizable. El comprador demanda al vendedor y al distribuidor en exclusiva en España (también demanda a otra empresa). Hace una serie de peticiones subsidiarias, pero, en síntesis, lo que interesa al comprador es la resolución de la compraventa y consiguiente devolución del precio, e indemnización de daños. En primera instancia se estima la resolución del contrato y se condena al vendedor y al distribuidor a la devolución del precio y al pago de cierta cantidad en concepto de daños. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia en el único sentido de absolver a la distribuidora del abono de la indemnización de daños. La distribuidora recurre en casación. El Tribunal Supremo no casa: señala que hay un grave y decisivo incumplimiento contractual, pues el tractor es una máquina totalmente inhábil; se ha entregado una cosa diversa (*aliud pro alio*) con la consiguiente insatisfacción del comprador. (FD 5.º; v. también FD 2.º).

²¹⁰ STS, 1.ª, 27.2.2004 (Pte. García Varela). Compraventa mercantil de máquinas para tratamiento de maderas, que resultaron defectuosas. El vendedor pide el pago del precio e intereses; reconviene el comprador, suplicando la resolución del contrato y el pago de cierta cantidad e intereses. En primera instancia se estima la demanda y se desestima la reconvenCIÓN. La Audiencia Provincial, en relación con la reconvenCIÓN, declara resuelto el contrato y condena a la indemnización de daños; entiende que hay un *aliud pro alio*. El vendedor recurre en casación: considera que no hubo incumplimiento sino que hay vicios ocultos y que el plazo de ejercicio del artículo 1490 CC había caducado. El Tribunal Supremo señala que las máquinas tienen graves defectos técnicos y mecánicos, haciéndolas inútiles para los trabajos de carpintería y ebanistería propios de su normal destino. Hay un *aliud pro alio* (FD 4.º; v. también FD 6.º).

²¹¹ STS, 1.ª, 10.12.2003 (Pte. Marín Castán). Compraventa entre empresarios de máquina para fabricar flejes de acero. El vendedor encargó a un tercero la construcción de la máquina. Entregada al comprador, se comprobó que era inviable: presentaba bastantes diferencias con la contratada, así como en el diseño y el montaje (faltaban ochocientas horas de trabajo: la vendedora, por su falta de liquidez, la había retirado del tercero antes de tiempo). El comprador deja de pagar el segundo plazo del precio. El vendedor le demanda y pide el pago del resto del precio e intereses. El comprador reconviene y suplica la «rescisión» del contrato e indemnización. En primera instancia se desestima la demanda y se estima, en lo substancial, la reconvenCIÓN: se condena al vendedor a la reparación de daños y perjuicios. Recurre el vendedor y la Audiencia Provincial estima la demanda y desestima la reconvenCIÓN. Recurre el comprador, alegando, entre otros motivos, infracción del artículo 1124 CC. El Tribunal Supremo casa y confirma la sentencia de instancia

STS, 1.^a, 28.11.2003 (Pte. González Poveda)²¹²; STS, 1.^a, 10.7.2003 (Pte. González Poveda)²¹³; STS, 1.^a, 23.5.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez)²¹⁴; y STS, 1.^a, 8.2.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez)²¹⁵.

(que interpretó la demanda reconvencional del comprador como petición de cumplimiento del contrato; v. FD 6.^o). Considera que es al vendedor, y no al comprador, al que ha de atribuirse el incumplimiento (entregó una cosa inhábil); *el incumplimiento del vendedor es más grave que el del comprador*. (FD 5.^o).

²¹² STS, 1.^a, 28.11.2003 (Pte. González Poveda). El vendedor (promotor) vende catorce plazas de garaje en el local sótano destinado a dicho fin; pero, en el local sótano sólo se pueden estacionar once o doce vehículos de tipo medio. El promotor pretendía que hubiera dieciocho plazas. Los compradores (catorce; unos adquirentes directos del promotor, otro no) le demandan, suplicando, entre otras cosas, la declaración de que el garaje tiene aptitud para albergar sólo doce plazas; la reducción de las dieciocho partes alícuotas de la propiedad del garaje a catorce partes alícuotas, pudiendo así reconducir la titularidad del local y garaje. En primera instancia se declara que el local sólo permite albergar doce plazas de garaje de tipo medio; la ubicación de catorce produce graves inconvenientes de uso. La Audiencia Provincial adiciona a la sentencia de instancia, que la reducción de las dieciocho partes alícuotas, a catorce, se realizará mediante cesión de las cuatro partes alícuotas de propiedad del promotor, a los particulares. El promotor recurre y alega, entre otras cosas, infracción de los artículos 1484, 1468, 1490, 1961, 1964 y 1969 CC. El Tribunal Supremo no casa: considera que hay pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador (arts. 1101 y 1124 CC); no se está ante vicios ocultos (FD 3.^o).

²¹³ STS, 1.^a, 10.7.2003 (Pte. González Poveda). Contrato atípico por el que una empresa se compromete a suministrar e instalar (en correcto funcionamiento) unos equipos y programas informáticos (el suministrador) a otra (el comprador), por precio cierto. Los equipos y programas informáticos no sirvieron al fin pactado: no se obtenía la comunicación en tiempo real entre los distintos sectores del sistema informático. El suministrador interpone dos demandas (que se acumulan), en las que pide al adquirente el pago de ciertas cantidades. Éste reconviene, suplicando la resolución del contrato e indemnización. En primera instancia se estiman las demandas del vendedor y se desestima la reconvenCIÓN. La Audiencia Provincial revoca la sentencia de instancia. Ambas partes recurren. El Tribunal Supremo desestima el recurso del suministrador y, en relación con el del comprador, declara la resolución del contrato con el consiguiente efecto restitutorio (art. 1303 CC). El Tribunal Supremo señala que hubo pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador (arts. 1101 y 1124 CC; FD 6.^o). Comento esta sentencia: (2005) pp. 509-555.

²¹⁴ STS, 1.^a, 23.5.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez). Compraventa mercantil de molduras que se entregaron en malas condiciones. El vendedor demanda al comprador el pago del precio. Reconviene el comprador, suplicando el pago de cierta cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se estima la demanda del vendedor y se desestima la reconvenCIÓN. La Audiencia Provincial desestima la demanda y estima la reconvenCIÓN. Recurre en casación el vendedor; alega, entre otras cosas, inaplicación de los artículos 336, 342 CCO y 1964 CC. El Tribunal Supremo no casa. Señala, entre otras cosas, que hay un propio y verdadero incumplimiento, frustrando las legítimas expectativas de las partes. Hay un *aliud pro alio* (la cosa es inútil para su destino) equiparable a la falta de entrega, aplicándose el plazo de prescripción de quince años propio de las obligaciones personales. (V. FD 5.^o).

²¹⁵ STS, 1.^a, 8.2.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez). El vendedor (constructor, promotor, sociedad inmobiliaria) entregó unas viviendas que no se ajustaron a lo pactado. La comunidad de propietarios le demanda, suplicando, en síntesis, su condena a la realización en cada una de las viviendas y en los elementos comunes de las obras que sean necesarias para su adecuación a lo pactado; subsidiariamente, indemnización por equivalente. En primera instancia se estima la demanda (principal y subsidiaria). La Audiencia Provincial confirma la sentencia de instancia. El vendedor recurre, alegando entre otras cosas infracción del artículo 1124 CC, inaplicación de los artículos 1484 y 1490 CC. El Tribunal Supremo no casa. Considera que hay pleno incumplimiento con la consiguiente insatisfacción del comprador; hubo un *aliud pro alio*. (V. FD 9.^o).

[89] Por distinto motivo, alguna indicación conviene hacer a propósito de estas otras sentencias del Tribunal Supremo:

a) En la STS, 1.^a, 30.12.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez), el fin del contrato no pudo lograrse por un problema en la titularidad de los bienes transmitidos y no por un mal funcionamiento material del bien (caso típico de la doctrina del *aliud pro alio*). En la sentencia, la noción de inhabilidad del bien (falta de conformidad) incluye un *puro* problema de titularidad.²¹⁶ Esta sentencia se sitúa en la línea de los PEL S y del DCFR, en los que la falta de conformidad incluye problemas de utilidad material y de titularidad en los bienes²¹⁷.

b) En la STS, 1.^a, 21.10.2005 (Pte. Montés Penadés) se conoció de una compraventa de aceite de oliva y el que se entregó, aún siendo vegetal comestible, no fue de oliva. En su recurso de casación, el vendedor argumentaba que el remedio de la indemnización de daños y perjuicios sólo procedía si al mismo tiempo se ejercita la resolución del contrato y el comprador sólo había solicitado que se le indemnizase. El Tribunal Supremo, con buen criterio, indica que en el CC no existe tal conexión entre la indemnización y la resolución²¹⁸.

²¹⁶ STS, 1.^a, 30.12.2003 (Pte. Martínez-Pereda Rodríguez). Se celebraron dos compraventas de fincas entre empresas, cuyo fin era la construcción y explotación de una Estación de Servicio a ambos lados de la carretera (también formaban parte del contrato ciertas licencias). Las fincas habían sido expropiadas con anterioridad a la celebración de los contratos, por lo que el vendedor no podía transmitir la propiedad. El comprador demanda y suplica que, resueltos los contratos, se condene al vendedor a la restitución del precio, intereses legales e indemnización de daños (a fijar en ejecución de sentencia). El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y la Audiencia Provincial confirma íntegramente la sentencia. El vendedor recurre. Entre otras cosas, alega violación del artículo 1124.I CC, inaplicación del artículo 1490 CC en relación con los artículos 1461 y 1474.2.^º CC y aplicación indebida de la jurisprudencia sobre resolución por *aliud pro alio*. El Tribunal Supremo casa en el único sentido de añadir a la sentencia recurrida la obligación del comprador de devolver las fincas al vendedor (al declarar la resolución, sólo impuso la devolución del precio por el vendedor; v. FD 7.^º). Según el Alto Tribunal: «(…)/Aquí la falta de titularidad sobre los muebles (*sic*) transmitidos *supone una circunstancia concurrente al momento de la celebración del contrato, pero conocida después por el comprador y ello lleva a la lógica conclusión de que el contrato se ha incumplido desde el principio*» FD 2.^º; v. FD 5.^º.

²¹⁷ *Supra* notas 83 y 127; en las sentencias que conocen de plazas de garaje suele haber problemas de funcionalidad (las plazas son pequeñas, hay dificultad de maniobra en el garaje, etc.) que suelen solucionarse a través de la cesión de la titularidad de otras plazas de garaje, si ello es posible. Un ejemplo de lo que digo es la STS, 1.^a, 28.11.2003 (Pte. González Poveda) *supra* nota 212.

²¹⁸ STS, 1.^a, 21.10.2005 (Pte. Montés Penadés). Se celebró compraventa de aceite de oliva que el comprador revendía a un tercero, lo que conocía el vendedor. Antes de ser embarcada la mercancía hacia Angola, en Aduanas se tomaron unas muestras del aceite para su análisis. El análisis demostró que el aceite no era de oliva, sino vegetal comestible, por lo que tras una serie de vicisitudes el comprador hubo de devolver cierto beneficio que la CEE otorgaba a la exportación. El tercero no reclamó por el aceite que se le entregó. El comprador demanda al vendedor, pidiendo ser reparado por los daños y perjuicios sufridos (el beneficio que había debido de restituir y otros daños). En primera y segunda instancia se estima la demanda (en menor cuantía de la solicitada). El vendedor recurre en casación

[90] Por último, voy a detenerme en otra sentencia: la STS, 1.^a, 22.4.2004 (Pte. García Varela)²¹⁹. En ella, se conoce de la compra de un inmueble e industria de hostelería. Efectuada la entrega, el comprador descubrió que la instalación eléctrica era inapropiada por no ajustarse a la legislación vigente; además, la industria carecía de licencia de apertura definitiva (sólo disponía de licencia provisional). El comprador ejercitó la resolución del contrato; subsidiariamente, la reducción del precio. En primera y segunda instancia se acoge la reducción del precio. El comprador recurre en casación, alegando, entre otras cosas, vulneración de la jurisprudencia del *aliud pro alio*. El Tribunal Supremo no casa²²⁰.

y argumenta que la jurisprudencia del *aliud pro alio* implica que la indemnización de daños y perjuicios *sólo* procede si se ejerce junto con la resolución del contrato (FD 2.^º). El Tribunal Supremo no casa e indica que dicha doctrina no exige tal conexión en los remedios: «En primer lugar, olvida el recurrente que el artículo 1124 del CC permite que el contratante no incumplidor solicite la resolución o el cumplimiento, en ambos casos con indemnización de daños y perjuicios. En segundo lugar, no existe la conexión –y menos entendida como un vínculo– que el recurrente establece entre la doctrina del «*aliud pro alio*» y la aplicación «conjunta y concordante de los artículos 1101 y 1124». Naturalmente el recurrente no puede citar una sola sentencia en apoyo de su tesis, y bastaría acudir a la de 23 de enero de 1998, y a las que atinadamente invoca el Fundamento Jurídico Tercero de la Sentencia recurrida, para entender el enlace entre un incumplimiento pleno que se da en los casos de entrega de cosa distinta, «abriendo paso a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC» y la posibilidad de llegar a la reparación integral del daño causado por una u otra vía, como se pone de relieve, entre otras muchas, en las Sentencias de (...)» (FD 2.^º). Se aplica el artículo 1101 CC. Comenta esta sentencia MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2006) pp. 1101-1122.

²¹⁹ Sentencia comentada por RUBIO GARRIDO (2005) pp. 183-195.

²²⁰ Con mayor detalle, los hechos de la STS, 1.^a, 22.4.2004 se desarrollaron así. El 23 de junio de 1995 se celebra compraventa de inmueble (finca rústica) e industria destinada a explotación de hostelería. El precio se pagaría en diversos plazos (en la sentencia no se indica la cuantía del precio). Se pactó: «no se variará, hasta la fecha en que se liquide el pago pactado para el presente contrato, el destino al que actualmente se dedica el inmueble construido en la finca objeto del presente contrato, es decir, Bar, Cafetería, Restaurante y lugar destinado a Hospedaje» (cláusula quinta). El comprador no pagó el resto del precio. Demanda a los vendedores y ejerce la resolución del contrato con su efecto restitutorio; pide compensación de los gastos hechos en la finca e indemnización de daños, así como, condena a los vendedores al pago de la mitad de los gastos ocasionados para elevar a escritura pública el contrato. Subsidiariamente, ejerce la rebaja proporcional del precio. Con fecha de 30 de abril de 1997, el Juzgado de Primera Instancia declara haber lugar a la reducción del precio en la cantidad de 9.000.000 de pesetas, en función de los vicios y en concepto de daños. Entiende que los incumplimientos de la obligación principal del vendedor *no son de tal intensidad como para provocar la resolución del contrato*. Ambas partes recurren. El 25 de febrero de 1998, la Audiencia Provincial dicta sentencia desestimando el recurso del comprador y acogiendo parcialmente el de los vendedores. Fija la cuantía en la que el precio ha de reducirse en 3.883.181 pesetas. El comprador recurre, alegando, entre otros motivos: a) Vulneración de los artículos 1101 y 1124 CC y de la jurisprudencia contenida en las sentencias que cita, que recogen la doctrina del *aliud pro alio* (motivo 1.^º); b) Infracción de los arts. 1461, 1474, 1484 y 1486 CC y de la jurisprudencia de las sentencias que alega (motivo 2.^º); c) Violación del artículo 1486 CC, párrafo primero, último inciso, al no aplicar la rebaja del precio «a juicio de peritos» (motivo 3.^º). En síntesis, el comprador considera inhábil el objeto entregado para el fin pactado, siendo procedente la resolución. El Tribunal Supremo no casa.

Los hechos y las cuestiones jurídicas las extraigo a partir de la STS, 1.^a, 22.4.2004 y de la SAP Ciudad Real, 2.^a, 25.2.1998 (Pte. José Arturo Fernández García).

El Alto Tribunal considera que los defectos en la instalación y la ausencia de licencia de apertura definitiva *son vicios ocultos y no constituyen un incumplimiento del vendedor*. La instalación eléctrica puede repararse mediante un proyecto de adaptación a la normativa vigente. Y la ausencia de licencia definitiva sería un incumplimiento, si no pudiera obtenerse en el futuro; pero del informe del representante del Ayuntamiento «no se concluye la imposibilidad de subsanación de tales anomalías, y tampoco el recurrente [el comprador] ha probado que ello no fuera factible» (FD 2.^º primer párrafo).

El Tribunal Supremo afirma que se está ante un *aliud pro alio*, «cuando existe un pleno incumplimiento del contrato de compraventa, por inhabilidad del objeto vendido para cumplir la finalidad para la que se vendió, y consiguientemente se ha producido la insatisfacción del comprador, lo que en estos casos permite acudir a la protección que dispensan los artículos 1101 y 1124 CC; *tal inhabilidad ha de nacer de defectos de la cosa vendida que impidan obtener de ella la utilidad que motivó su adquisición* (STS 14.10.2000) y, en igual sentido, STS 16.11.2000, pero, en el supuesto del debate, nos encontramos ante una situación ajena a «*aliud pro alio*», *sin entidad para impedir el fin normal del contrato y que puede remediarlo*» (FD 2.^º segundo párrafo; cursiva mía).²²¹ No procede la resolución del contrato.

²²¹ En la SAP Ciudad Real, 2.^a, 25.2.1998 (Pte. José Arturo Fernández García) –sentencia de segunda instancia en este caso– se emplea la misma argumentación: «(...). Sobre los *vicios ocultos* en la instalación de la citada industria, el informe pericial (...) evidencia con meridiana claridad que la adecuación de la instalación eléctrica de la indicada industria a la normativa vigente *llevaría a la modificación de la mayor parte de la misma* y que él no le daría el visto bueno. Efectivamente, *esa inadecuación de la instalación*, que impedía, además, la utilización con la potencia contratada por los demandados de la allí existente puesto que existía una irregularidad maquinaria a que ha sido posteriormente corregida, *es un vicio oculto que el actor no podía conocer, pero que puede ser arreglada en el futuro* de acuerdo con un proyecto de adaptación de la instalación a la nueva normativa vigente, que el actor igualmente ha aportado (...), y en relación a la alegación de que la industria *carece de licencia de apertura* del Ayuntamiento respectivo, el informe del representante legal de la citada entidad local es claro respecto a que *dicho establecimiento sólo poseía licencia provisional y de carácter temporal*, dado que la definitiva no se le podía otorgar por no reunir el mismo los requisitos exigidos por la legislación que lo regula. Sin embargo de dicho informe *no se concluye que no se pueda subsanar tales deficiencias*, a lo que hay que añadir algo ya recogido en la resolución recurrida respecto al estado de las instalaciones, y que esta Sala comparte también en relación a esta concreta cuestión, como es la extrañeza que causa el hecho de que un comprador de una industria como la presente no se haya informado con carácter previo sobre si poseía o no licencia de apertura, pero ello no es óbice para que el vendedor tuviera legalizada dicha industria, más cuando se obliga contractualmente a que mantenga su destino hasta la liquidación del precio pactado. El expresado resultado de la prueba practicada *no supone, como acertadamente resalta la juzgadora de instancia, que esos incumplimientos acreditados de los vendedores demandados supongan un incumplimiento de la obligación principal de la citada compraventa con efectos resolutorios de la misma, tal como pretende el actor y que reitera en esta alzada: en ningún caso esos incumplimientos impiden, (...), que el comprador no pueda usar para el desti-*

De esta sentencia puede extraerse el criterio de que si la anomalía cualitativa *no tiene entidad para impedir el fin normal del contrato y puede subsanarse, no hay incumplimiento* y por ello no puede resolverse (art. 1124 CC). En la sentencia se contiene un interesante criterio delimitador de la doctrina del *aliud pro alio*. En Derecho español, esta jurisprudencia ha sido y sigue siendo muy útil, a lo que contribuye de modo decisivo su hoy incuestionable asentamiento. Pero es una jurisprudencia cuyos contornos pueden seguir perfilándose y aquí es cuándo se manifiesta el interés de la STS, 1.^a, 22.4.2004, por cuanto que afirma que *no hay incumplimiento si cabe la subsanación del defecto y la anomalía no impide el fin del contrato*.²²² La resolución no es un remedio

no pactado el bien adquirido, ya que el impago por los demandados [vendedores] de su parte en los gastos de escriturar el contrato es repercutible en el precio a pagar por el demandante [comprador], así como los referidos a la instalación, y su adecuación a la legislación exigida por los poderes públicos para autorizar su apertura definitiva también es posible mediante la subsanación de las deficiencias previstas, cuyo coste se puede repercutir en el precio de la compraventa. A ello hay que añadir que tampoco el actor ha acreditado, como alega la parte contraria, que haya cumplido su correspondiente obligación de pago del precio pactado en la compraventa, lo que igualmente, a la vista de la doctrina expuesta, impediría que su acción resarcitoria igualmente prosperase. Por todo lo expuesto, procede rechazar el recurso formulado por la parte demandante (FD 4.^o, cursiva mía; sobre la exigencia judicial de que la resolución exige que quien la prenda haya cumplido sus obligaciones: FD 3.^o).

En la STS, 1.^a, 23.3.2007 (Pte. Auger Liñán) también se conoce de un problema de licencia y *aliud pro alio*. Se celebró compraventa de un negocio dedicado al por menor de papelería y artes gráficas, transmitiéndose todas las existencias de aquél. Entregado, el Ayuntamiento comunica al comprador que, por ser la actividad de artes gráficas molesta y peligrosa y para la cual carecía de licencia la vendedora, había de aportar un proyecto técnico de medidas correctoras. El comprador no presentó el proyecto, se dio de baja y cerró el local. El comprador demanda al vendedor porque considera que la falta de licencia, que impidió realizar la actividad, es un *incumplimiento grave e insubsanable* por lo que procede la resolución (art. 1124 CC). La sentencia de primera instancia lo declara así. La Audiencia Provincial revoca la sentencia y desestima la resolución. Señala que no puede considerarse que la actividad de artes gráficas fuera de imposible realización, *pues el Ayuntamiento no decía que no podía realizarse*, sino que debía de presentarse un proyecto en el que se indicasen las medidas correctoras para evitar la actividad molesta de las artes gráficas y el comprador no lo hizo. Por ello considera que no se han frustrado las expectativas legítimas de éste y que el vendedor no incumplió el contrato (FD 1.^o, 6.^o). El comprador recurre. El Tribunal Supremo no casa. Señala que de la interpretación del contrato es claro que el vendedor no estaba obligado a facilitar la mentada licencia. No hay incumplimiento del contrato. *Y tampoco hay inhabilidad del objeto entregado*. (V. el amplio FD 2.^o).

²²² En Derecho español, una constante tarea es identificar los criterios que el Tribunal Supremo aplica para calificar el incumplimiento de resolutorio. Por ello considero que han de mirarse con buenos ojos aquellas sentencias en las que se intenta construir la noción de incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC ayudándose de la CISG, de los Principios Unidroit y de los PECL (*supra* nota 17). No es idea incorrecta ayudarse *argumentativamente* con estos textos (pero la CISG es derecho positivo interno). Desde esta perspectiva, los Principios Unidroit y los PECL pueden modularse interpretativamente y se puede prescindir de otros «Principios europeos». Sobre los PECL, EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN: «...). To date, the reference text that has gained the greatest degree of success *imperio rationis* are the Principles of European Contract Law (PECL), prepared by so-called Lando Commission. Comprising a body of rules on general contract law (in part, however, also extending into the general law of

que opere de manera aislada, sino inserto en un conjunto de medidas que surgen por causa del incumplimiento. De ahí que si es posible subsanar el defecto del bien, en los casos en los que el fin del contrato no se ha visto impedido, al Tribunal Supremo le parece más razonable encauzar la solución a través de remedios distintos del de la resolución (como el cumplimiento, indemnización, reducción del precio).

Puesto que el Tribunal Supremo se ha ceñido al caso, no ha entrado a precisar si el criterio de la subsanación debe acompañarse de la fijación de un plazo. Por las mismas razones, tampoco ha de precisado si la subsanación ha de llevarla a cabo el vendedor o un tercero. En mi opinión, es insuficiente tomar como único criterio de valoración la posibilidad de subsanar, para concretar si hubo o no incumplimiento; incumplimiento resolutorio, añado yo, pues la sentencia se mueve en la dicotomía de si hay incumplimiento o vicios ocultos. El incumplimiento es una *noción dinámica*, lo que quiere decir que sus consecuencias dependen del momento en el que fijemos la atención. En el cumplimiento defectuoso cualitativo, junto con el carácter defectuoso de la prestación, también está el retraso en el cumplimiento. Si inicialmente el incumplimiento no fue resolutorio, por no haberse frustrado el fin del contrato, el posterior retraso en la subsanación puede adquirir relevancia. En la jurisprudencia del *aliud pro alio*, la importancia del retraso en el cumplimiento no ha sido especialmente destacada en la argumentación jurídica. Lo que se destaca es si el defecto provoca o no la inutilidad de la cosa, con la consiguiente insatisfacción del comprador. Y en esta insatisfacción puede estar presente el factor tiempo.

[91] Esta STS, 1.^a, 22.4.2004 (Pte. García Varela) es también interesante por otra razón. Porque el Tribunal Supremo *tampoco admite la acción redhibitoria y lo apoya en similar argumentación por la que deniega la calificación del incumplimiento del vende-*

obligations), the PECL are the product of many years of comparative analysis and international co-operation; and they offer an authoritative point of reference for the interpretation and development of the national legal systems in Europe. In fact, the PECL have begun to play a key role in an incremental and 'organic' harmonization of European private law» [cursiva mía; (2008) pp. 660-661; en nota 8, los autores citan para la influencia de los PECL en el Derecho español el trabajo de Vendrell Cervantes del que di cuenta *supra* nota 17; v. también EIDENMÜLLER/FAUST/GRIGOLEIT/JANSEN/WAGNER/ZIMMERMANN (2008) pp. 707-708].

Por otro lado, debe mantenerse cierta cautela en las afirmaciones del Tribunal Supremo. Algo que destaca, por ejemplo, L. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN en relación con la conocida y ya clásica cita de la STS 5.1.1935: «Ocurre con esta sentencia lo que con muchas otras. Tiran por elevación e introducen fórmulas gramaticales que llegan mucho más allá de lo que se quería y de aquello a lo que se debería haber llegado, y cuando se rompe el nexo que ligaba a la sentencia con su caso, la fórmula abstráida cobra un sentido dinámico que no hubiera debido tener. (...)» [(2005) p. 52; la STS 5.1.1935 resuelve sobre un retraso en el cumplimiento, no sobre el cumplimiento defectuoso cualitativo].

dor: que la anomalía puede subsanarse y no hace impropia la cosa para el fin al que se destina (art. 1484 CC).²²³ Por ello procedía la reducción del precio²²⁴.

Es claro que en esta sentencia el Tribunal Supremo no aplica un concepto unitario de vicio oculto. Parece que en función de la importancia o gravedad del vicio y de la posibilidad de su subsanación procede la redhibitoria o la *quanti minoris*²²⁵.

²²³ El comprador señalaba que en la instancia se había reconocido que había habido *vicios ocultos* (la inadecuada instalación eléctrica y la carencia de licencia definitiva de apertura) y dichos vicios eran de tal envergadura que si no se reparaban, hacían impropia la cosa para su uso. Añadía, que era claro que él hubiera pagado menos precio o no hubiera comprado la cosa (art. 1484 CC); por lo tanto disponía de las acciones del artículo 1486 CC. Y «sin embargo, [se] ha impedido al recurrente ejercitar la opción dispuesta en ese precepto y no ha acogido la acción de resolución ejercitada preferentemente, sino la instada como subsidiaria» (FD 3.º, STS, 1.ª, 22.4.2004 Pte. García Varela). El Tribunal Supremo afirma: «los vicios denunciados no hacen impropia la cosa para el uso a que se destina, y que cabe su subsanación, y por ello se ha atendido a la petición subsidiaria de rebajar una cantidad proporcional del precio en función de los defectos denunciados» (FD 3.º, cursiva mía).

²²⁴ En relación con la estimatoria, el comprador señalaba que no había sido correcto el procedimiento seguido en la determinación de la cuantía a reducir del precio. La Audiencia Provincial había acogido la petición subsidiaria de la reducción del precio y sin embargo, no había atendido al menor valor de la cosa en el mercado consecuencia de los vicios. No había atendido a la proporción, a hallar, entre el precio, según mercado, de unos bienes con anomalías cualitativas y el precio de unos bienes sanos, de acuerdo con el juicio de peritos (art. 1486.I CC): «El Juzgador de instancia [se] ha abrogado la función pericial al fijar por sí misma la cantidad de minoración del precio con el único criterio de rebajar los gastos de reparación acreditados en el procedimiento» (FD 4.º). Entra en lo posible –precisa el comprador– que el menor valor de los bienes por causa de los vicios no coincide con el valor de su reparación. El Tribunal Supremo entiende correcto el criterio adoptado en la instancia: «sin que quepa la tacha de la no intervención de peritos aducida en el motivo, toda vez que el demandante [el comprador] no ha propuesto prueba pericial alguna sobre la materia» (FD 4.º, cursiva mía).

Señala CABEZUELO ARENAS que entre nuestros Tribunales no es inusual que la cuantía a reducir del precio con base en el artículo 1486 CC consista en *los gastos de reparación del vicio*. De esta manera –añado yo– se consigue el fin práctico de que el bien pueda funcionar. La estimatoria viene a desempeñar las funciones del cumplimiento.

²²⁵ Sobre la gravedad del vicio oculto y el concepto unitario de vicio oculto: DELGADO ECHEVERRÍA (1986) p. 67, v. también p. 68; LLÁCER MATACÁS (1992) pp. 118-120; MORALES MORENO (1980) pp. 631-633, 644 y (1993) pp. 956-957, v. también p. 961. Reinterpreta la normativa del saneamiento por vicios ocultos, en el sentido de que tiene campos de actuación distintos la redhibitoria y la estimatoria en función de la gravedad del vicio oculto: VERDA Y BEAMONTE (2004) pp. 114-140, también pp. 157-158, tras su análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencias en pp. 140-157; con anterioridad, VERDA Y BEAMONTE (2002) pp. 641-657. Destaca las implicaciones procesales de la reinterpretación de Verda, DELGADO ECHEVERRÍA en su comentario a la STS, 1.ª, 18.3.2004 (venta de vivienda con aluminosis) [(2004) pp. 1382-1384]. Sobre los requisitos del vicio oculto, por ejemplo, STS, 1.ª, 17.10.2005, STS, 1.ª, 29.6.2005 (FD 3.º); de especial interés la STS, 1.ª, 25.1.1957 (cdo. 2.º). V. supra nota 190.

Interesante el sistema del CC de Chile: artículos 1858, 1868, 1860 CCCh y las explicaciones de ALESSANDRI RODRÍGUEZ (2003) núms. 1412, 1421 a 1424, 1426, 1456 a 1458, 1505; v. también artículo 154 del CCO de Chile.

3.2 DIFERENCIAS CONCRETAS ENTRE LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 121 TR Y LA FUNDADA EN LA DOCTRINA DEL *ALIUD PRO ALIO* (ART. 1124 CC)

[92] Es momento de precisar cuales son, en la situación actual de nuestro Ordenamiento, las diferencias existentes entre la resolución fundada en el artículo 121 TR en caso de falta de conformidad y la resultante de la aplicación de la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* construida en la aplicación del artículo 1124 CC.

[93] La conclusión que podemos extraer es que los supuestos de aplicación de ambas manifestaciones de la resolución son diferentes. Más concretamente:

a) La resolución del artículo 121 TR se aplica a la compraventa en la que interviene un consumidor (arts. 2 a 5 y 7, EM III, TR), lo que no sucede en relación con la resolución del artículo 1124 CC y la doctrina del *aliud pro alio*.

b) A primera vista, el supuesto de hecho de la resolución del artículo 121 TR es más amplio que la resolución del artículo 1124 CC y el *aliud pro alio*. En el artículo 121 TR, la resolución sólo tiene el límite de la falta de conformidad de escasa importancia. Se amplía enormemente el supuesto de la resolución.

En cambio, la doctrina del *aliud pro alio* limita enormemente el supuesto de la resolución al exigir que la anomalía sea especialmente grave. El *aliud pro alio* exige que la cosa sea *inhábil* para el fin al cual se destinaba (fin incorporado al contrato)²²⁶; si el bien es

²²⁶ Pero la jurisprudencia del *aliud pro alio* abarca dos tipos de casos. Uno, aquél en el que el vendedor entrega algo distinto de lo pactado [entrega de tabiques de yeso en vez de escayola: STS, 1.^a, 23.3.1982 (Pte. Castro García)]. Otro, aquél en el que, entregado el bien contratado, este es inútil, inhábil con la consiguiente insatisfacción de las expectativas del comprador (éstas pueden ser las normales o unas particulares del comprador incorporadas al contrato). En la STS, 1.^a, 15.11.2005 (Pte. Almagro Nosete) se describe de manera clara esta tipología: «Es menester en este punto (...) distinguir correctamente entre vicios ocultos y pretensión y prestación distinta, según la doctrina establecida en la paradigmática sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1993 [compra de trenzado para zapato, v. FD 2.^º, 3.^º y 6.^º; Pte Barcala-Trillo Figuerola]. La expresada resolución afirma que tal distinción puede determinarse «partiendo de una doble hipótesis, que habría de definir la existencia de la prestación 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» (FD 3.^º).

Esta STS, 1.^a, 15.11.2005 conoció de la compra de lona azul, que se iba a emplear para hacer zapatillas de niño. La lona resultó defectuosa: al lavarse, las zapatillas se destiñan (por falta de solidez en el tinte). El comprador demandó indemnización de daños y

inútil a causa del defecto y no puede subsanarse, hay un *aliud pro alio*²²⁷. Es sintomático que el Tribunal Supremo suela asociar el *aliud pro alio* con la calificación de «pleno incumplimiento»; en otras ocasiones, con la de «total incumplimiento». Estas expresiones, ligadas al *aliud pro alio*, equivalen a las de «verdadero» incumplimiento o «auténtico incumplimiento» que el Tribunal Supremo

perjuicios. El vendedor reconviene y suplica el pago del género e intereses. En primera instancia se declara resuelta la compraventa y se condena al pago de cierta cantidad e intereses (daño emergente), así como a la cantidad que se determine en ejecución de sentencia (lucro cesante o beneficio dejado de obtener por la pérdida de clientes). Se estima, en parte, la reconvención: se condena al pago de menor cantidad de la suplicada. Ambas partes recurren. La Audiencia condena a menor cantidad en concepto de daño emergente y difiere a ejecución de sentencia la concreción del lucro cesante con el límite de lo pedido en la demanda. Ambas partes interponen recurso de casación. El vendedor alega infracción de los artículos 336 y 342 CCO y 1490 CC. El Tribunal Supremo lo desestima: considera que hubo incumplimiento y no vicios ocultos.

²²⁷ Aunque sea *obiter dicta*, es interesante la SAP Badajoz, 3.^a, 9.10.2006 (Pte. Calderón Martín). Se había alquilado una máquina de fotocopiar para una empresa de carpintería. El arrendador, ante el impago repetido del arrendatario, ejerce una cláusula contractual de vencimiento anticipado y reclama el pago al arrendatario. Este se opone. En primera instancia se estima la demanda, lo que confirma íntegramente la Audiencia Provincial: «En efecto, para que prospere la excepción de incumplimiento contractual que alegó la demandada, con el objetivo de que se le exonerara totalmente de la obligación de pago cuyo cumplimiento se le exige, *debió demostrar la absoluta y total inhabilidad del objeto del contrato*, y tal acreditación no ha tenido efecto, pues, si bien podemos considerar probado que la copiadora se estropeó en varias ocasiones, también es cierto que la arrendadora cumplió, en todas y cada una de las ocasiones referidas, su obligación de reparar la máquina, a través del correspondiente servicio técnico, hasta que, finalmente la arrendataria se negó a que se siguiera efectuando la reparación o reparaciones que fueran procedentes. De ahí que no podamos llegar a la conclusión pretendida por el apelante, pues no sabemos si, finalmente, y a raíz de la intervención del servicio técnico, *la copiadora hubiera llegado a estar en condiciones de funcionamiento normalmente aceptables*. Tampoco conocemos el alcance concreto y preciso de las averías que tuvo la máquina (ninguna prueba pericial se ha aportado a tal efecto, como bien dice la sentencia apelada), y *si las mismas eran de tal entidad que no era posible su reparación, único supuesto en que podríamos hablar de inhabilidad del objeto entregado por la entidad arrendadora*. Y es también por este motivo por el que no podemos sostener con certeza que el haber concertado otro arrendamiento se deba, única y exclusivamente, a esa falta de idoneidad del objeto del contrato que se afirma por la apelante» (FD 2.^º último párrafo; cursiva mía).

También es interesante la SAP Vizcaya, 3.^a, 18.6.2003 (Pte. Gutiérrez Gegundez) en la que, por no ser el vehículo entregado absolutamente inhabil (hacía un ruido bastante molesto), no se estimó la demanda del comprador de que el vendedor reparase el coche o asumiese, subsidiariamente, el pago de la indemnización de los daños irrogados al comprador. Según la Audiencia, *no procede la aplicación de los artículos 1101 y 1124 CC por la entrega de un aliud pro alio; califica el caso de vicios ocultos y las acciones edilicias habían caducado*. Señala: «(...) es lo cierto que la prueba practicada no permite determinar la existencia en el vehículo de una absoluta inhabilidad ni absoluta situación de insatisfacción, de hecho el perito informa que el vehículo de referencia se encuentra en buen estado, tanto de motor como de cambio de velocidades, *si bien y estando en punto muerto y arrancado presenta un ruido bastante molesto que desaparece, sigue manteniendo, que las velocidades entran perfectamente, igualmente señala que los problemas que describe con los ruidos y que analiza, no afectan a la seguridad aún cuando pueden afectar a las prestaciones.* En general, del informe del perito no se desprende como decimos la inhabilidad del vehículo, ni por ello puede entenderse en los términos del artículo 1124 C.c. tal y como han sido considerados el incumplimiento. Por lo cual, tal y como se recoge en la resolución recurrida, el plazo determinado en el artículo 1490 ha de ser aplicable y por tanto ha transcurrido, sin que exista ni pueda precisarse pacto prescriptivo en forma tácita ampliado» (FD 2.^º *in fine*). El comprador había la garantía del artículo 11, 2 y 3, LGDCU.

suele emplear para otras modalidades de incumplimientos resolutorios.

La doctrina del *aliud pro alio* está impregnada de su función inicial: trata de ser una válvula de escape para aquellos casos en los que existiendo un vicio oculto, el tiempo transcurrido impide al comprador ejercitar la acción redhibitoria. Esa válvula de escape trata de resolver *los casos más graves*. De ahí que desde su inicio la doctrina del *aliud pro alio* haya estado estrechamente ligada a la idea de gravedad. Añádase, que la exigencia de que el incumplimiento sea grave impregna asimismo la aplicación judicial del artículo 1124 CC²²⁸, incumplimiento que frustra el fin del contrato.

c) En la resolución del artículo 121 TR, el legislador *ha marcado el itinerario a seguir* (hoja de ruta). La función del Juez es constatar si ha quedado cubierto adecuadamente el requisito de la aplicación del remedio primario (reparación, sustitución) y si con el mismo no se ha satisfecho el interés del consumidor. En este caso queda abierta la vía de la resolución sin más límite que la falta de conformidad de escasa importancia, por disponerlo así el Texto Refundido.

En cambio, en el ámbito de aplicación de la doctrina del *aliud pro alio*, como en el campo del artículo 1124 CC, el Juez se enfrenta a la ardua tarea de determinar si el incumplimiento reúne o no suficiente gravedad a efectos del remedio de la resolución. Nuestro artículo 1124 CC responde al modelo judicial francés de resolución del artículo 1184 *Code civil*²²⁹. *La tarea de valorar la importancia*

²²⁸ *Supra* nota 2. Desde su análisis de Derecho comparado y a nivel general, TREITEL destaca cómo el incumplimiento resolutorio requiere de cierta gravedad; también destaca la oportunidad de concretar criterios guías que orienten a los Tribunales en sus decisiones: «The most important single principle used to control the remedy of termination in these and other similar situations is that the remedy is only available if the default attains a certain minimum degree of seriousness. This principle exists in one form or another in all the legal systems under discussion. It is usually stated in very vague general terms; and any attempt at precision is certainly foredoomed to failure. The delicate balancing of interests that is required in this area is pre-eminently a matter for judicial discretion, and not one that can be determined in advance by fixed rules. On the other hand judicial discretion has its obvious dangers in this as in other parts of the law. Where the default offends the susceptibilities of the court there is a danger that open-textured rules of law may simply conceal judicial indignation; and if termination is allowed (or recognised as effective) in such circumstances it may lead to serious injustice to the defaulting party./ It is therefore both useful and necessary to make some attempt to determinate in a general way what principles *guide* judicial discretion in this area; and this can best be done by considering a number of specific applications of the requirement of seriousness of default for the purposes of termination. After this attempts has been made, some exceptional cases will be considered in which termination is in principle available even though the default may not reach the degree of seriousness normally required. The hardship that may be caused in these cases to the defaulting party has in turn led to qualifications of the exceptions» [TREITEL (1976) s. 161 p. 126].

²²⁹ TREITEL destaca la amplia discrecionalidad del juez en la resolución del artículo 1184 *Code civil*: «French CC artículo 1184 simply lays down that, as a general rule, a judgment for termination must be sought. Under this provision, it is within the discretion

tancia del incumplimiento en la resolución del artículo 1124 CC es más difícil que la de verificar, en relación con la falta de conformidad del Texto Refundido si el cumplimiento ha resultado infructuoso o no podía llevarse a cabo por ser imposible o desproporcionado.

d) La STS, 1.^a, 22.4.2004 (Pte. García Varela; *supra* [90] y [91]) es interesante, en cuanto que explica un criterio a tomar en cuenta en la posible desvinculación del contrato: *si el defecto, que no impide el fin del contrato, es o no reparable*. Es cierto que en la sentencia, este criterio lo emplea el Tribunal Supremo para negar la calificación de incumplimiento y considerar el caso como vicio oculto. Pero, *en el vicio oculto*, el Tribunal Supremo analiza la gravedad del vicio empleando un similar criterio: niega el posible ejercicio de la redhibitoria porque el defecto podía subsanarse y no hacía a la cosa impropia para el fin al que se destinaba. Esto muestra que el Tribunal Supremo exige una importante gravedad del defecto o de sus consecuencias para que el comprador pueda desligarse del contrato.

En la falta de conformidad del Texto Refundido, si el vendedor no lleva a cabo el cumplimiento del contrato, en los casos en que este remedio es exigible, en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, *esté ya puede resolver el contrato* salvo que la falta de conformidad sea de escasa importancia.

trial judge whether he will order termination, grant a period of grace, or uphold the contract./ The court may even decide not to terminate the contract completely, but only in part, for example with respect to part of the goods due under a contract of sale but no delivered at the time when the buyer seeks termination. There is nothing in CC artículo 1184 which indicates how the discretion is to be exercised; and very little control is exerted by the reviewing courts./ No doubt here, as elsewhere, the judges of fact are subject to control if they apply wrong principles. But it is probably true to say that fewer «principles» control the exercise of discretion here than in relation to damages. Certainly some of the grounds which are said to control the remedy of termination in other systems have been held not to be grounds for controlling a decision to allow termination. It is, for example, generally not necessary to show that the failure in performance was such that the aggravated party would, had he been able to foresee it, not have entered into the contract at all. On the other hand a decision which disregarded a provision in the Civil Code directing such a factor to be taken into account would clearly be subject to control by reviewing courts. Normally, the evaluation of the seriousness of the default and the decision whether it is serious enough to justify the termination is one with which these courts will not interfere. In other systems of law, greater attempts are made to formulate more specific principles as to the seriousness of default required for termination; (...)» [(1976) s. 163]. Hoy, sobre la resolución por incumplimiento del Derecho francés: MALAURIE/AYNÈS/STOFELL-MUNCK (2007) núm. 872-891 pp. 457-474; sobre el poder soberano del juez en la resolución del contrato y sobre su apreciación de la gravedad del incumplimiento: núm. 877 pp. 459-460, núm. 878 pp. 461-462, núm. 880 pp. 463-464.

La resolución del artículo 1124 CC responde al modelo judicial francés, pero es conocido que, desde hace años, el Tribunal Supremo admite la resolución extrajudicial o por voluntad unilateral del acreedor: SAN MIGUEL PRADERA (2004) pp. 305 ss.; FENOY PICÓN (2005) pp. 516-533.

IV. MÁS ALLÁ DE LA RESOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 121 TR: REFLEXIONES FINALES

[94] La determinación del alcance de la falta de conformidad de escasa importancia que impide la resolución tiene una mayor trascendencia que la de su concreta aplicación a la compraventa y demás contratos que el Texto Refundido de consumidores incluye (art. 115 TR; derogado artículo 2.II LG)²³⁰:

a) Pues, la conocida *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del CC en materia de contrato de compraventa* de 2005 lo generaliza para la compraventa ordinaria (art. 1486 PACC²³¹).

b) En la reforma alemana del Derecho de obligaciones, se ha ido incluso más allá de la compraventa ordinaria y de la de consumo. En la regulación general del remedio de la resolución contractual, se establece para el caso en que el deudor no ejecute la prestación de acuerdo con el contrato, que no puede resolverse por algo insignificante (§ 323.V.2 BGB). Se discute el alcance de esta norma²³².

c) Finalmente, en el Derecho positivo español puede discutirse, por ejemplo, la posibilidad de aplicar la regla del artículo 121 TR a los arrendamientos de bienes muebles en que interviene un consumidor²³³.

²³⁰ FENOY PICÓN (2006) [48] pp. 142-148; sobre el contrato de obra, en particular la nota 94; sobre el arrendamiento *infra* nota 236.

²³¹ Artículo 1486 PACC: «El comprador no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad fuere de escasa importancia».

²³² *Supra* nota 191.

²³³ CÁMARA LAPUENTE plantea la aplicación del régimen de la falta de conformidad del Texto Refundido al arrendamiento de bienes muebles de consumo. Entiende que no es posible, desde luego no de manera directa. Destaca, asimismo, la conveniencia de una reforma. En concreto: «La concentración del Derecho de consumo fundamentalmente en el contrato de compraventa, descuidando la protección de otros tipos contractuales como el arrendamiento, hace que a primera vista *no le sean de aplicación (al menos directa) los mecanismos para garantizar la conformidad con el contrato propios del consumidor, esto es, las llamadas garantías en la venta de bienes de consumo estatuidas en los artículos 114-125 TRLGDCU* (y antes en la Ley 23/2003), a diferencia de lo que ocurre en algunos otros países comunitarios, (...). En mi opinión, el régimen de los artículos 114-124 TRLGDCU no parece ser de aplicación directa a los arrendamientos de consumo, puesto que esa normativa (...) se circunscribe a la compraventa de consumo (...) y al contrato de obra (*ex art.* 115 TRLGDCU). Si el legislador desea ampliar estas normas que contienen un régimen especial respecto al general del saneamiento y del cumplimiento del contrato del CC, debería hacerlo expresamente, como han hecho otros legisladores al transponer la Directiva comunitaria de garantías incluyendo los arrendamientos mobiliarios de consumo; de no ser así la propia interpretación conforme con la Directiva (en cuyo contexto la doctrina europea es concorde en señalar que no se quiso comprender el arrendamiento) parece indicar que estos contratos no están sometidos a tal régimen especial» [(2008) pp. 229-230]; «En conclusión no parece que los artículos 114-125 TRLGDCU, en el actual estadio legislativo, sean de aplicación directa al arrendamiento mobiliario de

En definitiva, la regla de que no puede resolverse por una falta de conformidad de escasa importancia del artículo 121 TR y de su contraria, va más allá de la contratación con consumidores; induce, además, a reflexionar, hoy, sobre la resolución del artículo 1124 CC, en su aplicación judicial.

[95] Finalmente, puede afirmarse que el Derecho español no parece alejarse de aquellos textos de Derecho privado europeo en los que es menor el nivel de exigencia para la resolución de la compraventa en la que interviene un consumidor, que la que se requiere para la resolución de la compraventa ordinaria, por la falta de conformidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo: *De la compraventa y de la promesa de la promesa de venta*, tomo II, volumen I, (2003), Santiago-Chile.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.^a ed., (2003), Granada.
- ARROYO I AMAYUELAS, Esther: «Los Principios del Derecho contractual comunitario», *Anuario de Derecho Civil*, (2008), pp. 211-239. Cit. (2008-A).
- «La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho contractual comunitario», *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, coords. Díaz Romero, M.^a del Rosario/Domínguez Lozano, Pilar/García Grewe, Cristina/Jerez Delgado, Carmen/Pérez Álvarez, M.^a del Pilar/Rodríguez Gutián, Alma María/Rodríguez Martínez,

consumo. Sería deseable, sin embargo, que el legislador tomase en consideración la posibilidad de extender su ámbito a este contrato, en su caso con las debidas adaptaciones, como se ha hecho en otros países como Italia o Portugal, o con un régimen de conformidad *ad hoc* para el arrendamiento como el que se diseña en el DCFR europeo de 2008. Es cierto que, de hecho, aunque con esfuerzo hermenéutico, pueden conseguirse en la mayoría de los casos soluciones similares a los derechos consagrados a favor del consumidor que compra un bien de consumo (reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución, artículo 118 TRLGDCU) a partir de los preceptos específicos del arrendamiento (arts. 1153, 1556, 1558.2 y 1568 CC), de los propios del saneamiento en la compraventa (arts. 1474-1499 CC) y de los generales sobre obligaciones en el CC (arts. 1124, 1101, etc.); pero, sin duda, el ordenamiento jurídico español ganaría en seguridad jurídica en caso de producirse una tal reforma legislativa que contemplase *expressis verbis* el régimen de conformidad del arrendamiento mobiliario de consumo (en el TRLGDCU, en las normas del CC sobre arrendamiento o en una ley especial sobre estos alquileres). Mientras tanto, no cabe descartar que se vaya abriendo paso en la jurisprudencia una *aplicación analógica* del régimen de conformidad en las compraventas de consumo a los arrendamientos mobiliarios de consumo, a partir de las concomitancias entre compraventa y arrendamiento, como refuerzo interpretativo en la aplicación de las citadas soluciones del CC en materia de saneamiento e incumplimiento en el contrato de arriendo» [(2008) pp. 231-232]; en nota 149 p. 229, expone las opiniones de M. J. Marín López, Fuenteseca Degeneff y Avilés García; en las pp. 230-231, expone y critica argumentos esgrimidos a favor de la aplicación directa de la falta de conformidad del Texto Refundido al arrendamiento de bienes muebles.

- M.^a Eugenia/Varela Gil, Carlos, (2008), *Cizur Menor* (Navarra), pp. 49-157. Cit. (2008-B).
- AUBERT DE VINCELLES, Carole/MACHNIKOWSKI, Piotr/PISULINSKI, Jerzy/ROCHFELD, Judith/SZPUNAR, Maciej/ ZOLL, Fryderyk [Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)]: «Comentario del artículo 7:101», *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of the Contract, Unfair Terms*, (2007), pp. 255-261.
- 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*, (2006), Granada.
- BALDUS, Christian: «Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado europeo. Sobre la concretización de la «falta de conformidad de escasa importancia»», *Anuario de Derecho Civil*, (2006), pp. 1611-1640.
- BEALE, Hugh: «The future of the Common Frame of Reference», *European Review of Contract Law*, (2007-3), pp. 257-276.
- *Remedies for Breach of Contract*, (1980), London.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto: «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, (1987), Madrid, pp. 141-158.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Comentario de 23 de mayo de 1991: Protección del consumidor. Garantía del fabricante; plazo de ejercicio de la acción (caducidad); indemnización (incongruencia)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 26, (1991), pp. 603-612.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Comentario del artículo 25», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, (1998), Madrid, pp. 211-222.
- CABEZUELO ARENAS, Ana Laura: «STS de 25 de septiembre de 2003: Acción *quanti minoris*. Efectos. Compatibilidad con acción de indemnización por daños y perjuicios», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, (2004), pp. 905-918.
- CALVO, Roberto: *Vendita e responsabilità per vizi materiali, II, Il regimen delle «garanzie» nelle vendita al consumo*, (2007), Napoli.
- CAMARA LAPUENTE, Sergio: *El Arrendamiento de Bienes Muebles*, (2008), *Cizur Menor* (Navarra).
- CAPILLI, Giovanna: «Las garantías en la venta de bienes de consumo», traducción de M.^a Teresa Álvarez Moreno, *Anuario de Derecho Civil*, (2007), pp. 1679-1728.
- CASTILLA BAREA, Margarita: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, (2005), Madrid.
- CLEMENTE MEORO, Mario E.: *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento* (1998), Valencia.
- COSTAS RODAL, Lucía: «El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo», *Aranzadi Civil*, (2004-II), pp. 2045-2079.
- CRISTOFARO, Giovanni: *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore l'ordinamento italiano e la directiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, (2000), Padova.
- DE LA HAZA DÍAZ, Pilar: *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, (1996), Madrid.
- DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús: «Comentario de la STS de 18 de marzo de 2004: Vivienda vendida entre particulares con vicio de aluminosis. Acumulación

- eventual de la acción estimatoria, como principal, y de la anulatoria por error o dolo, como subsidiaria», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 66, (2004), pp. 1357-1388.
- *Elementos de Derecho Civil II, Derecho de obligaciones*, vol. 3.º, *Contratos y Cuasicontratos*, Lacruz Berdejo/Sancho Rebullida/Luna Serrano/Delgado Echeverría/Rivero Hernández, 2.ª ed. (1986), Barcelona.
- DELL'AQUILA, Enrico: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, (1981), Salamanca.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, 6.ª ed., (2008), Cizur Menor (Navarra); también, para la resolución, *Los incumplimientos resolutorios*, (2005), Cizur Menor (Navarra).
- EBERS, Martin: «Comentario de los artículos 1:201 y 1:202», *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, (2007), pp. 23-34.
- «¿Quién es consumidor?», *Anuario de Derecho Civil*, (2006), pp. 229-238.
- ERNST, Wolfgang: «§ 325», *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht Allgemeiner Teil*, Band 2 a, 4. Auflage, (2003) München.
- EIDENMÜLLER, Horst/FAUST, Florian/GRIGOLEIT, Hans Christoph/JANSEN, Nils/WAGNER, Gerhard/ZIMMERMANN, Reinhart: «The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems», *Oxford Journal of Legal Studies*, (2008), vol. 28, núm. 4, pp. 659-708.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil. Texto y comentario*, ed. Miquel Martín Casals, (2008), Cizur Menor (Navarra).
- ESPIAU ESPIAU, Santiago: «La naturaleza jurídica y el plazo de ejercicio de la acción de resolución de los contratos por incumplimiento», *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al prof. Mariano Alons Pérez*, tomo I, (2006), pp. 613-635.
- FENOY PICÓN, Nieves: «Comentario de la STS de 17 de enero de 2008: Compraventa internacional de vehículos automóviles de segunda mano: aplicación de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980; no hay falta de conformidad; no denuncia en plazo de la falta de conformidad [comparación con la denuncia del TRLGDCU y otros modelos de Derecho privado europeo]; desestimación de la indemnización solicitada por el comprador; descripción del sistema de la Convención de Viena de la falta de conformidad de la mercadería», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 78, (2008), pp. 1299-1399.
- *El sistema de protección del comprador*, (2006), Madrid.
- «Comentario de la STS de 10 de julio de 2003: Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento resolutorio: incumplimiento esencial», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, mayo/agosto, (2005), pp. 509-555.
- «Cláusulas restrictivas de los derechos del consumidor en caso de incumplimiento: la Disposición Adicional 1.ª 9.ª LGDCU», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, (2001), pp. 2449-2511; también: «Disposición adicional 1.ª, 6 (cláusula 9.ª), Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación, dirs. Aurelio Menéndez Menéndez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coord. Jesús Alfaro Águila-Real, (2002), Madrid, pp. 1101-1150.
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, (1996), Madrid.

- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, Eugenia: «El saneamiento en las ventas de bienes de consumo», *El futuro de la protección jurídica de los consumidores (Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*, (2008), pp. 588-610.
- FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier: «El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales», *Aranzadi civil*, (1997-I), pp. 51-85.
- FERRARI, Franco: «The CISG and its Impact on national Legal Systems — General Report», *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, ed. Franco Ferrari, (2008), Munich, pp. 413-480.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Spain», *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, ed. Franco Ferrari, (2008), Munich, pp. 273-280.
- «Comentario del artículo 11 LGDCU», *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. Rodrigo Bercovitz/Javier Salas, (1992), pp. 355-393.
- HEUTGER, Viola/JELOSHECK, Christoph: «Towards Principles of European Sales Law», *Towards a European Civil Code*, (2004), 3.^a ed., pp. 533-550.
- HONDIUS, Ewoud/HEUTGER, Viola/JELOSCHEK, Christoph/SIVESAND, Hanna/WIEWIOROWSKA, Aneta: *Principles of European Law, Study Group on a European Civil Code, Sales (PEL S)*, (2008). La traducción de los PEL S al español por Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI.
- HONNOLD, John: «Comentario del artículo 25», *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales. (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, (1987 de la traducción española), Madrid, pp. 236-241.
- «Comentario del artículo 48», *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales. (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, (1987 de la traducción española), Madrid, pp. 338-344.
- «Comentario del artículo 49», *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales. (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, (1987 de la traducción española), Madrid, pp. 345-352.
- JANSEN, Nils/ZIMMERMANN, Reinhard: «Restating the *Acquis Communautaire*? A Critical Examination of the «Principles of the Existing EC Contract Law», M.L.R., (2008), vol. 71, núm. 4, pp. 505-534.
- JELOSCHEK, Christoph: *Examination and Notification Duties in Consumer Sales Law, How far should we go in protecting the consumer?* (2006), Munich.
- JORDANO FRAGA, Francisco: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del CC*, (1992), Madrid.
- LANDO, Ole: «My life as a lawyer», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (2002-3), pp. 508-522.
- LANDO, Ole/BEALE, Hugh (ed.): *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, prepared by The Commission on European Contract Law, (2000), Netherlands.
- LEIBLE, Stefan: «Vías para la unificación del Derecho privado europeo», *Anuario de Derecho Civil*, (2006), pp. 1589-1609.
- «¿Qué hacemos con el Marco común de referencia? Alegato a favor de un instrumento opcional», traducción de Rosa Miquel Sala, *Derecho privado europeo: estado actual y perspectives de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, cords. Díaz Romero, M.^a del Rosario/Domínguez Lozano, Pilar/García Grewe, Cristina/Jerez Delgado, Carmen/Pérez Álvarez, M.^a del Pilar/Rodríguez Gutián, Alma M.^a/Rodríguez Martínez, M.^a Eugenia/Varela Gil, Carlos, (2008), Cizur Menor (Navarra), pp. 221-249.

- LLÁCER MATACÁS, Rosa María: *El saneamiento por vicios ocultos: su naturaleza jurídica*, (1992), Barcelona.
- LÓPEZ HERNÁNDEZ, Cristina Victoria: *La protección frente a los gravámenes ocultos*, (2008), Valencia.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Comentario del artículo 48», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez Picazo y Ponce de León, (1998), pp. 427-434.
- «Comentario del artículo 49», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez Picazo y Ponce de León, (1998), pp. 435-444.
- MALAURIE/AYNÈS/STOFELL-MUNCK: *Les obligations*, 3e. ed., (2007).
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Comentario del artículo 1479 CC», *Comentarios al CC español*, tomo X, (1905), Madrid.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Actualidad Civil*, segunda quincena de junio de 2007, núm. 12, pp. 1381-1403.
- *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44 y su incorporación en los Estados miembros*, tomo I, (2004), Madrid.
- MARKE SINIS, Basil S./UNBERATH, Hannes/JOHNSTON, Angus: *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2.ª ed., (2006).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María: *Evipción parcial en la compraventa en el CC español*, (2004), Madrid.
- «Comentario de la STS de 21 de octubre de 2005: Aliud pro alio versus vicios ocultos en la compraventa mercantil de cosa genérica (aceite de oliva)», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 71, (2006), pp. 1101-1122.
- MARTÍNEZ VELENCO SO, Luz M.: *La falta de conformidad en la compraventa de bienes. Análisis comparado de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, (2007), Barcelona.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis: «Comentario del artículo 1124 CC», *Comentarios al CC y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del CC, dir. Manuel Albadalejo, (1989), Madrid, pp. 1171-1255.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», *La modernización del Derecho de obligaciones*, (2006), Cizur Menor (Navarra), pp. 55-92.
- «La resolución del contrato», L. Díez-Picazo/E. Roca Trías/A.M. Morales, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, (2002), Madrid, pp. 349-368.
- «Comentarios de los artículos 1484 ss.», *Comentario del CC*, Ministerio de Justicia, dir. Cándido Paz-Ares/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, tomo II, (1993), Madrid, pp. 953.
- «El alcance protector de las acciones edilicias», *Anuario de Derecho Civil*, (1980), pp. 585-686.
- MOSCO, Luigi: *La resolución de los contratos por incumplimiento*, traducción y notas de la 1.ª ed. italiana, con un Apéndice sobre «La condición resolutoria tácita» (Artículo 1124 del CC) por José J. Pintó Ruiz, Barcelona.
- ORTI VALLEJO, Antonio: *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, (2002), Granada.
- *La protección del comprador*, (1987), Granada.

- PEÑA LÓPEZ: *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la perspectiva del Consumidor*, Busto Lago/Álvarez López/Peña López, 2.^a ed., (2008), Cizur Menor (Navarra).
- *Reclamaciones de Consumo. Derecho de Consumo desde la perspectiva del Consumidor*, Busto Lago/Álvarez López/Peña López, 1.^a ed., (2005), Cizur Menor (Navarra).
- PERALES VISCASILLAS, M.^a Pilar: «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho contractual europeo», *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, coord. M.^a Rosario Díaz Romero/Pilar Domínguez Lozano/Cristina García Grewe/Carmen Jerez Delgado/M.^a Pilar Pérez Álvarez/Alma M.^a Rodríguez Guitián/M.^a Eugenia Rodríguez Martínez/Carlo Varela Gil, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 453-500.
- PÉREZ GONZÁLEZ, BLAS/ALGUER, José: *Anotaciones a la obra de Tratado de Derecho civil*, por Ennecerus/Kipp/Wolf, «Derecho de obligaciones».
- PFEIFFER, Thomas/EBERS, Martin: «Comentario del art. 2:102», *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, (2007), pp. 68-71.
- PINTO RUIZ, José J.: «Apéndice II sobre «La condición resolutoria tácita» (Artículo 1124 del CC)», en Luigi Mosco, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, traducción y notas de la 1.^a edición italiana.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, (2008), Munich.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), based in part on a revised version of the Principles of European Contract Law, ed. by Christian von Bar/Eric Clive/Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll, (2009).
- *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales*, (2004), Roma.
- *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del CC en materia de contrato de compraventa*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, mayo de 2005, núm. 1988, pp. 108-124 de este Boletín.
- *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del CCO en la Parte General sobre Contratos mercantiles y sobre Prescripción y Caducidad*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 203-216 de este Boletín.
- REPRESA POLO, Patricia: «Los derechos del consumidor ante el incumplimiento de la obligación de conformidad», *Garantía en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, coord. Silvia Díaz Alabart, (2006), Madrid, pp. 133-176.
- RESEARCH GROUP ON THE EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles): Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, (2007).

- RUBIO GARRIDO, Tomás: «Comentario de la STS de 22 de abril de 2004: Saneamiento por vicios ocultos. Resolución del contrato por incumplimiento. Acciones redhibitorias y estimatoria. Aliud pro alio. Prueba pericial obligatoria, lucro cesante y daño moral. Saneamiento en compraventa de universidad de cosas o en globo», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 67, (2005), pp. 183-196.
- RUBIO TORRANO, Enrique: «La Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Aranzadi Civil*, (2003-II), Parte Tribuna, pp. 1883-1885.
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, (2004), Madrid.
- SCAEVOLA, Q. Mucius: «Comentario del artículo 1479 CC», *CC concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial*, tomo XXIII, (1906), Madrid.
- «Comentario del artículo 1484 CC», *CC concordado y comentado extensamente con arreglo á la edición oficial*, tomo XXIII, (1906), Madrid.
- SCHULZE, Reiner: «Estado actual de los debates sobre el marco común de referencia», *Derecho privado europeo: estado actual y perspectives de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007*, cords. Díaz Romero, M.ª del Rosario/Domínguez Lozano, Pilar/García Grewe, Cristina/Jerez Delgado, Carmen/Pérez Álvarez, M.ª del Pilar/Rodríguez Gutián, Alma M.ª/Rodríguez Martínez, M.ª Eugenia/Varela Gil, Carlos, (2008), Cizur Menor (Navarra), pp. 407-428.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans/TWIGG-FLESNER, Christian/EBERS, Martin (Eds.): *EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, (2008), Munich.
- SCHWENZER (Ponente): «Opinión núm. 5: el derecho del comprador a resolver el contrato en caso de entrega de mercaderías o documentos no conformes», en «Opiniones del Consejo Consultivo de la Convención de Viena sobre Compraventa internacional de mercaderías», *Anuario de Derecho Civil*, (2008), fascículo III.
- SERRANO CHAMORRO, M.ª Eugenia: *Entrega de cosa distinta a la pactada*, (2006), Cizur Menor (Navarra).
- SIVESAND, Hanna: *The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods. Should there Free Choice or are Restrictions Necessary?*, (2005), München.
- STAUDENMAYER, Dirk: «The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees — a Milestone in the European Consumer and Private Law», *European Review of Private Law*, (2000-4), pp. 547-564.
- TREITEL, Guenter H.: «Remedies for Breach of Contract (Courses of Action Open to a Party Aggrieved)», *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, *Contracts in general*, Part 2, Chief Editor Arthur T. Von Mehren, (ed. de 2008), Chapter 16 pp. 3-152 (año 1976 para el Chapter 16).
- TROIANO, Stefano: «The CISG's Impact on EU Legislation», *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, (2008), Munich, pp. 345-411.
- TWIGG-FLESNER, Christian/WILHELMSSON, Thomas: «Comentario del art. 2:201», *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles), Contract I, Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, (2007), pp. 76-80.
- VENDRELL CERVANTES, Carles: «The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Courts», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, (2008-3), pp. 534-548.

- VENEZIANO, Anna: «A Common European Law on Sales?», *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference, Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, ed. Antonio Vaquer, (2008), Groningen.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón: *Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias*, (2004), Elcano (Navarra).
- VÉRGEZ, Mercedes: *La Protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, (2004), Cizur Menor (Navarra).
- WILL, Michael: «Comentario del artículo 25», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, (1987), Milan, pp. 205-221.
- «Comentario del artículo 48», *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, (1987), Milan, pp. 347-358.
- XIOL Ríos, Juan Antonio: «Valor de la Jurisprudencia en la societat contemporània», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2007-1, pp. 9-32.
- ZIMMERMANN, Reinhard: «La evolución de la responsabilidad por falta de conformidad en el Derecho alemán de la compraventa», *El nuevo Derecho alemán de Obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, trad. Esther Arroyo i Amayuelas, (2008 de la traducción esp.), Barcelona, pp. 87-137. También, «The Development of Liability for Non-conformity in German Sales Law», *The new German Law of Obligations, Historical and Comparative Perspectives*, (2005), pp. 79-121.

CRÓNICA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO

Participan en esta crónica

Beatriz Añoveros Terradas, Miriam Anderson, Lidia Arnaud Raventós, Esther Arroyo i Amayuelas, Lorenzo Bairati, David Bondía García, Alexandra Braun, Íñigo de la Maza Gazmuri, Andrés Domínguez Luelmo, Martín Ebers, Mirko Faccioli, Georgina Garriga Suau, Cristina González Beilfuss, Isabel González Pacanowska, M.^a Carmen Gómez Buendía, Laura Huici Sancho, M.^a Rosa Isern Salvat, Sonia Martín Santisteban, Sergio Nasarre Aznar, Susana Navas Navarro, Jordi Nieva Fenoll, Bárbara Pasa, Elise Poillot, Héctor Simón Moreno, Mauro Tescaro, Helena Torroja Mateu, Belén Trigo García, Stefano Troiano.

SUMARIO: PRESENTACIÓN.—EDITORIAL: El Tratado de Lisboa: *caminante no hay camino ...* (Laura Huici Sancho).—RAPPORTS NACIONALES DE DERECHO PRIVADO EUROPEO, COMPARADO Y COMUNITARIO: Alemania (Martín Ebers), Bibliografía, Legislación. España, Bibliografía (Esther Arroyo i Amayuelas). Legislación (Belén Trigo García). Francia (Elise Poillot). Bibliografía. Gran Bretaña (Alexandra Braun), Bibliografía. Italia, Bibliografía (Mirko Faccioli, Barbara Pasa, Mauro Tescaro, Stefano Troiano), Legislación (Mirko Faccioli, Mauro Tescaro, Stefano Troiano).—SECCIÓN TEMÁTICA: ESPACIO JUDICIAL EUROPEO, DERECHO PROCESAL, DERECHO DE CONTRATOS, DERECHOS REALES, DERECHO DE FAMILIA, DERECHO DE AUTOR, DERECHO DE DAÑOS Y DERECHO DE TRUSTS EN LA UNIÓN EUROPEA: Espacio Judicial europeo (Beatriz Añoveros Terradas). Derecho procesal comunitario (Jordi Nieva Fenoll). Derecho de contratos en la Unión Europea (Esther Arroyo i Amayuelas). Derechos reales en la Unión Europea (Sergio Nasarre Aznar). Derecho de Familia en la Unión Europea (Cristina González Beilfuss). Derecho de autor en la Unión Europea (Susana Navas Navarro). Derecho de Daños en la Unión Europea (Belén Trigo García). Derecho de *trust* en Europa (Sonia Martín Santisteban).—JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (Helena Torroja Mateu y David Bondía García).—JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS (Lidia Arnaud Raventós).—JURISPRUDENCIA NACIONAL (Miriam Anderson).—LIBROS SOBRE DERECHO PRIVADO EUROPEO: RECENSIONES: Amerio, Pier Luigi. Caterina, Raffaele (coords.), *Il condómino in Europa: prospettive a confronto*, Napoli, Satura Editrice, 2008, ISBN 978-88-7606-043-3, 136 pp. (Lorenzo Bairati). Baldus, Christian/ Müller-Graff, Peter-Christians (eds): *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Sellier European Law Publishers, München, 2006, 193 pp., ISBN-10 3-86653-002-1 (Isabel González Pacanowska). Gravato Morais, Fernando de, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, ISBN 9789724031378, 411 pp. (Andrés Domínguez Luelmo). Vaquer Aloy, A. (ed.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2008, 217 pp. ISBN 978-90-76871-93-6 (Íñigo de la Maza Gazmuri). Serio, Mario, *Studi comparativi sulla responsabilità civile*, collana Diritto Privato Comparato a cura di Mario Serio, Torino, Giappichelli, 2007, 130 pp., ISBN 978-88-348-7502-5 (Barbara Pasa). Pfeiffer, Thomas (Hrgs.), *Analyse verbraucherpolitischer Defizite beim Erwerb von teilenutzungsrechten-Teil 2. Landesberichte zum Stand der Umsetzung der Richtlinie*

94/47/EG in Österreich, Frankreich, Großbritannien, Spanien, Italien und den Niederlanden, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2008, 218 pp., ISBN 978-3-8329-3269-5 (Esther Arroyo i Amayuelas).—MISCELÁNEA (Esther Arroyo Amayuelas) Consejo europeo de Bruselas, 18 y 19 de junio de 2008 (Bruselas, 17 de julio de 2008). El papel del juez nacional en el sistema judicial europeo: dos informes y propuestas de resoluciones del Parlamento europeo, de 4 de junio de 2008 y de 22 de septiembre de 2008. Informe y propuesta de resolución del Parlamento europeo, de 17 de septiembre de 2008, sobre el documento de la Comisión «Legislar mejor 2006», de conformidad con el artículo 9 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Preguntas parlamentarias.—VIDA JURÍDICA. RESEÑA DE CONGRESOS EN MATERIA DE DERECHO PRIVADO EUROPEO: Bosch Capdevila, Esteve - Grgado Perandones, Pablo - Iborra Grau, M.ª Concepción - Ricart Martí, Encarnació (dirs.), *Congreso de Derecho Contractual Europeo*, Tarragona, 23 y 24 de octubre de 2008 (M.ª Carmen Gómez Buendía, M.ª Rosa Isern Salvat, Héctor Simón Moreno). Ministerio de Justicia francés, eslovenco, checo y suizo, en cooperación con el Colegio de abogados francés y la colaboración de la Comisión europea, *Quel Droit européen des contrats pour l'Union Européenne?* La Sorbonne, París, 23-24 octubre de 2008 (Bárbara Pasa). Área de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona (dir.), *Jornadas sobre Cooperación internacional de Autoridades: ámbitos de familia y del proceso civil*, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 2 y 3 de octubre de 2008 (Georgina Garriga Suau). *European China Law Studies*, Conferencia Anual, Bolonia/Turín, 1-4 octubre, 2008 (Bárbara Pasa).

PRESENTACIÓN

Esta novena crónica se cierra el 16 de noviembre de 2008. Las fuentes de información proceden, esencialmente, de las páginas web de la Comisión europea, el TJCE, el Consejo de la Unión Europea, el Parlamento europeo, el *Diario Oficial de la Unión Europea*, el *Boletín Oficial del Estado*, el Centro de Documentación Europea de la Universidad de Alicante, sin perjuicio de otras consultas esporádicas al Centro Europeo de Derecho del consumo, el Boletín de la *Bundesverband der Deutschen Industrie*, del *Bulletin Droit de la Consommation* (MEDEF), el *Centre Européen des Consommateurs Allemagne-Kehl*, entre otros.

La crónica está coordinada por los profesores Antonio Manuel Morales Moreno (Universidad Autónoma de Madrid) y Esther Arroyo i Amayuelas (Universitat de Barcelona), que es también quien ha traducido (del alemán e italiano) las contribuciones no originariamente escritas en castellano.

EDITORIAL

El Tratado de Lisboa: Caminante no hay camino...

LAURA HUICI SANCHO*

La adopción del Tratado de Lisboa el 13 de diciembre de 2007 es, por el momento, el último hito en el sin duda cada vez más sinuoso camino del proceso de integración europea. La estrategia de los *pequeños pasos*, que fundamenta el modelo de integración a partir de la Declaración de Robert Schuman, de 9 de mayo de 1950, y la consiguiente adopción del Tratado de París, de 1951, se ha materializado en una evolución marcada por sucesivos fracasos, especialmente cuando el proceso ha tratado de avanzar en el ámbito de la integración política, seguidos de éxitos o avances, particularmente en los objetivos de integración económica. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el Tratado de Lisboa no es sino el *éxito o paso adelante* que viene a compensar el *fracaso o paso atrás* que supusieron los referéndums negativos de Francia y Países Bajos a la ratificación del Tratado por el que se instituía una Constitución para Europa (en adelante Tratado constitucional). Sin embargo, en el momento actual, esta continuidad debe matizarse. Hasta la última década del siglo XX, los *fracasos* encontraban explicación, en gran medida, por cambios significativos en las circunstancias político-económicas que habían llevado a plantear previamente proyectos ambiciosos como lo fueron el de la Comunidad Europea de Defensa y la Comunidad Política Europea, a principios de los cincuenta, o el Informe Tindemans sobre la Unión Europea en 1976 o el Proyecto de Tratado para la fundación de la Unión Europea, elaborado por el Parlamento Europeo en 1984. Hoy el desengaño evidencia, primero, un cierto divorcio entre gobernantes y ciudadanía, y segundo, la división entre los propios Estados miembros, con visiones muy distintas de lo que debe ser la Unión Europea: una estructura altamente integrada, fuerte y con amplias competencias –en el ámbito económico y político– o un mercado interior acompañado, en su caso, de una cooperación/coordinación políticas sólo cuando sean estrictamente precisas¹.

Ahora bien, la necesidad de introducir modificaciones en los Tratados constitutivos resulta insoslayable para permitir el funcionamiento eficaz de un proceso que empezó con seis Estados miembros y en el que participan actualmente veintisiete. Esta adaptación del proceso de integración a la nueva realidad que caracteriza la Europa posterior a la caída del muro de Berlín, se inició de hecho con el Tratado de Maastricht, adoptado en 1992, seguido del Tratado de Ámsterdam, en 1996, y no pudo culminarse con el Tratado de

* Profesora agregada de Derecho Internacional Público (Universitat de Barcelona).

¹ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Estudio preliminar» en J. MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES y M. URREA CORRES (ed.), *Tratado de Lisboa*, Marcial Pons – Real Instituto Elcano, Madrid, 2008, p. 24.

Niza, en el año 2001. Es por ello forzoso implantar cambios que simplifiquen el sistema y clarifiquen algunos aspectos que, lejos de solucionarse, se han venido complicando en los últimos años. A estos objetivos, respondía el Tratado constitucional y, posteriormente, el Tratado de Lisboa cuyo proceso de ratificación tampoco está exento de problemas tras el referéndum negativo de Irlanda el pasado mes de junio de 2008.

Probablemente el mayor error del Tratado constitucional es que «aparentaba lo que no era»². Se utilizaba el término *Constitución para Europa*, pero se trataba de un Tratado Internacional constitutivo, eso sí, de una Organización Internacional *sui generis*, la Unión Europea que, de ningún modo, se configuraba como un Estado. Cierta que esta tendencia a utilizar términos con un contenido simbólico más o menos significativo para simular, así, avances en el proceso es casi ya una tradición en la integración europea. Quizás quepa situar su origen en el éxito que tuvo la referencia al Mercado Interior, en el Acta Única Europea, como nuevo objetivo de la integración económica, frente a la noción de Mercado Común que el Tratado de Roma, adoptado en 1958, preveía conseguir en un periodo de doce años. Aunque sea difícil diferenciar un concepto del otro, el cambio de denominación permitió disfrutar más plenamente del éxito que, realmente, supuso el establecimiento del Mercado Interior en enero de 1993. Esta práctica se continuó en el Tratado de Maastricht, que solemnemente proclama la creación de la Unión Europea, para descubrir después que estos términos no son sino una expresión con la que referirnos de forma simple a una realidad compleja formada por tres –hoy dos– Organizaciones internacionales, las Comunidades Europeas, que ya existían, y dos pilares de cooperación intergubernamental que también continúan prácticas anteriores. Sin duda, los tratados de Maastricht, Ámsterdam y Niza contienen novedades importantes. Sirvan de ejemplo la consecución de la moneda única, el establecimiento de la ciudadanía europea, la ampliación de poderes del Parlamento Europeo o las modificaciones institucionales que aporta el Tratado de Niza. Ahora bien, quizás para paliar la mala imagen que produce la inflación de reformas –cuatro en una década– desde el principio los debates, la negociación y el articulado del Tratado constitucional se saturaron de terminología simbólica que, sin un contenido real o completo, causó rechazo tanto en los partidarios de profundizar en el proceso y, en particular, en los objetivos de integración política, como en sus detractores, todos ellos temerosos de que *el hábito terminara por hacer a un monje que no les satisfacía*.

En este contexto, la alternativa adoptada en Lisboa ha consistido precisamente en rechazar todos «los elementos simbólicos y semánticos que pudieran dar a entender a los ciudadanos que nos encontrábamos ante una forma de asociación que recordase a una estructura estatal»³. Esta criba ha tenido como consecuencia secundaria, pero devastadora, el abandono de uno de los mayores logros que, frente a las últimas reformas de los tratados constitutivos, suponía el Tratado constitucional, esto es, «su sistemática y estructura»⁴.

² MANGAS MARTÍN, A., «Estudio preliminar. El incierto futuro de la Unión: las reformas *sine die* del derecho originario», en *Tratado de la Unión Europea, Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y otros actos básicos de Derecho Comunitario*, 14.^a ed., Tecnos, Madrid, 2008, p. 23.

³ OLESTI RAYO, A., «El Consejo Europeo de junio de 2007 y la revisión de los Tratados constitutivos», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, n.^o 14 (<http://www.reei.org>).

⁴ MANGAS MARTÍN, A., «Estudio preliminar. El incierto futuro...», *op. cit.*, p. 22.

En efecto, el Tratado constitucional tenía la virtud de aunar en un único texto articulado el Tratado de la Unión y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, derogándolos y avanzando significativamente en el esfuerzo de hacer más comprensible y manejable el derecho originario. El Tratado de Lisboa vuelve al sistema anterior que, partiendo de los tratados en vigor, modifica el contenido de algunos artículos y los integra en dos nuevos tratados: el Tratado de la Unión Europea (en adelante TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante TFUE)⁵. Este último recoge sustancialmente el contenido modificado del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Organización que desaparece siendo sustituida por la Unión Europea. Al igual que hacía el Tratado constitucional, el Tratado de Lisboa mantiene, como texto a parte, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica.

En definitiva, al plantearse como una reacción frente al rechazo suscitado por el Tratado constitucional, el Tratado de Lisboa se encuentra marcado por una huída de la simbología estatal y constitucional que contrasta con el respeto de todos aquellos elementos que recuerdan la naturaleza esencialmente intergubernamental de la Unión Europea, incidiendo todavía más en ella a través de nuevos gestos, a menudo también simbólicos pero ahora en esta línea opuesta a la anterior. En esta dicotomía y batalla de simbologías, el factor claramente perdedor, salvo contadas excepciones, ha sido la transparencia o simplicidad que, en algunos puntos, aportaba el Tratado constitucional. Frente a ello, en su contenido básico y fundamental, el grueso de las modificaciones previstas en el Tratado constitucional subsiste en el Tratado de Lisboa, cumpliéndose así el objetivo esencial de «completar el proceso iniciado por el Tratado de Ámsterdam y el Tratado de Niza con el fin de reforzar la eficacia y la legitimidad democrática de la Unión y mejorar la coherencia de su acción»⁶.

1. La batalla de los símbolos y su plasmación en el Tratado de Lisboa

El primer símbolo que desaparece en el Tratado de Lisboa es la palabra «Constitución». Con ello, como venimos advirtiendo, se hace un ejercicio de honestidad. Si bien es cierto que el proceso de integración europea tiene unas características específicas poco frecuentes en la escena internacional, la Comunidad Europea y la Unión Europea están lejos de ser un Estado y el Tratado constitucional era un Tratado internacional, estricto sentido, y no una «Constitución». Esta no es la única modificación de carácter esencialmente terminológico que aporta el Tratado de Lisboa.

El artículo I-28 del Tratado constitucional preveía el nombramiento de un *Ministro de Asuntos exteriores de la Unión* por mayoría cualificada del Consejo Europeo, previo consentimiento del Presidente de la Comisión, que

⁵ En palabras de J. Martín y Pérez de Nanclares «se vuelve a los textos diseñados más para expertos que para comprensión del ciudadano destinatario de los mismos. Se regresa a los preceptos crípticos, a las inacabables referencias cruzadas entre disposiciones y a las modificaciones de redacción o derogaciones concretas de artículos de muy difícil seguimiento hasta para los expertos», MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «La nueva Conferencia Intergubernamental: Hacia un *Tratado simplificado muy complicado*», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2007, n.º 14 (<http://www.reei.org>).

⁶ Tras referirse a todas los representantes de los Estados miembros que adoptan el texto, el Preámbulo del Tratado de Lisboa se inicia con estas palabras, *vid.* texto completo del Tratado publicado en el *DOUE C* 306 de 17 de diciembre de 2007, p. 5.

estaría al frente de la política exterior y de seguridad común de la Unión, así como, de las responsabilidades que incumben a la Comisión en el ámbito de las relaciones exteriores. Esta figura que preside el Consejo de Asuntos Exteriores, a la vez que es miembro y vicepresidente de la Comisión, con el objeto de velar por la coherencia de la acción exterior de la Unión en todos los ámbitos, pasa a denominarse en el Tratado de Lisboa *Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad*. Pero esta es la única diferencia que puede apreciarse, con respecto al citado artículo I-28 del Tratado constitucional, en el que habrá de ser, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el contenido del artículo 18 del TUE. Más allá del cambio de nombre, ambas disposiciones tienen pues exactamente el mismo contenido. Ahora bien, en este punto, la reforma de Lisboa puntualiza además que «las disposiciones relativas a la política exterior y de seguridad común, incluido lo relativo al Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad (...) no afectarán a las bases jurídicas, responsabilidades y competencias existentes de cada Estado miembro en relación con la formulación y conducción de su política exterior, su servicio diplomático nacional, sus relaciones con terceros países y su participación en organizaciones internacionales», añadiendo además que tampoco se «confieren nuevos poderes de iniciativa de decisiones a la Comisión ni amplían la función del Parlamento Europeo»⁷.

El Tratado de Lisboa rechaza también los cambios de denominación que el Tratado constitucional introducía en referencia a las fuentes de derecho comunitario derivado. Así, el artículo I-33 del Tratado constitucional referente a los actos jurídicos de la Unión se refería a la ley europea, en sustitución del actual reglamento, la ley marco europea, actual directiva, el reglamento europeo, término que se reservaba esencialmente para los actuales reglamentos de ejecución. Las decisiones, recomendaciones y dictámenes mantenían la misma naturaleza. Las modificaciones a este respecto eran nuevamente nominales y no de contenido. Se trataba de aproximar el derecho comunitario a los ciudadanos adoptando una terminología más cercana a la utilizada para las fuentes del ordenamiento jurídico interno de un Estado. En la reforma de Lisboa, el capítulo relativo a los actos jurídicos de la Unión se contiene en el TFUE, cuyo artículo 288 reproduce prácticamente en sus mismos términos el contenido del actual artículo 249 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. Esta vuelta a la terminología tradicional de reglamentos y directivas no ha supuesto, sin embargo, que se abandonen otras modificaciones que en esta materia preveía el Tratado constitucional.

El nuevo TFUE se refiere a los procedimientos de adopción de reglamentos, directivas y decisiones como *procedimientos legislativos* y a todas estas fuentes como *actos legislativos*. Asimismo, se conserva la denominación del *procedimiento legislativo ordinario* para lo que actualmente se conoce como *procedimiento de codecisión*, al que se dedica el artículo 294 del TFUE con pocos cambios respecto del actual 251 TCE – las diferencias en la estructura y contenido de ambas disposiciones tienen esencialmente por objeto ofrecer una explicación más clara de las distintas fases del procedimiento sin tener modificaciones de fondo. La referencia a un *procedimiento legislativo ordinario* incide en su carácter de procedimiento general, es decir, el más

⁷ Declaración núm. 14 relativa a la política exterior y de seguridad común, aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, 13 de diciembre de 2007.

habitual en las disposiciones del Tratado junto con el paso a la mayoría cualificada en el seno del Consejo. A ello, se contrapone la especificidad del *procedimiento legislativo especial* que supone la adopción de un acto legislativo por el Parlamento Europeo con la participación del Consejo, o del Consejo con la participación del Parlamento Europeo (art. 289 punto 2 del TFUE).

Junto a estas modificaciones terminológicas, el Tratado de Lisboa elimina también algunas disposiciones que, con un contenido simbólico más o menos significativo, introducía el Tratado constitucional. Así, por ejemplo, desaparece el artículo I-8 que este Tratado dedicaba a los símbolos de la Unión, esto es, la bandera formada por el círculo de doce estrellas doradas sobre un fondo azul, el himno identificado como el *Himno de la Alegría* de la *Novena Sinfonía* de Ludwig van Beethoven, el euro como moneda de la Unión o el 9 de mayo como día de Europa. Ello no obstante, todos estos símbolos existen y se utilizan en relación al proceso de integración europea desde antes de la adopción del Tratado constitucional. Su inclusión en el mismo no era sino el reconocimiento de una realidad, por lo que esta modificación no se entiende sino como gesto simbólico, ahora en un sentido totalmente contrario al anterior. Lo que sorprende es que sólo diecisésis Estados miembros han suscrito la declaración aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental en la que se adopta el Tratado de Lisboa, afirmando que los citados símbolos «seguirán siendo para ellos, los símbolos de la pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con ellos»⁸. Cabe entonces preguntarse si, para el resto de Estados miembros, la supresión de este artículo del Tratado es expresión de su voluntad de que se arríe la bandera azul con estrellas doradas o que el *Himno de la Alegría* deje de sonar, entre otras ocasiones, en los actos conmemorativos del Día de Europa cada 9 de mayo.

En la misma línea de lo anterior, otra de las disposiciones cuyo contenido se elimina es el artículo I-6 del Tratado constitucional que reconocía explícitamente, por primera vez en el derecho originario, la primacía del Derecho comunitario sobre el derecho de los Estados miembros. Aquí nuevamente y para evitar que tal modificación pueda llevar a cuestionar un principio que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha definido reiteradamente como de naturaleza fundamental en el Derecho Comunitario, entre las Declaraciones de la Conferencia Intergubernamental de Lisboa, se introduce una relativa a la primacía en la que se reconoce explícitamente que «el hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia»⁹. En lo esencial, esta Declaración reproduce el Dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía de 22 de junio de

⁸ Declaración del Reino de Bélgica, de la República de Bulgaria, de la República Federal de Alemania, de la República Helénica, del Reino de España, de la República Italiana, de la República de Chipre, de la República de Lituania, del Gran Ducado de Luxemburgo, de la República de Hungría, de la República de Malta, de la República de Austria, de la República Portuguesa, de Rumanía, de la República de Eslovenia y de la República Eslovaca relativa a los símbolos de la Unión Europea, Declaración núm. 52, aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, 13 de diciembre de 2007.

⁹ Declaración núm. 17 aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, 13 de diciembre de 2007.

2007¹⁰. No cabe pues cuestionar este principio general del Derecho comunitario.

Otro conjunto de disposiciones que la reforma de Lisboa excluye son las que contenían el catálogo de derechos y libertades fundamentales de la Unión en la Parte II del Tratado constitucional. Esta eliminación tiene nuevamente un objetivo más bien simbólico porque, a diferencia del texto actualmente en vigor, el nuevo artículo 6 del TUE reconoce la existencia de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007, y le confiere el mismo valor jurídico que los Tratados, es decir, que el TUE y el TFUE. En este punto, el acento se pone, así pues, en excluir el contenido de la Carta del articulado de estos Tratados¹¹. Además, como ya preveía el artículo II-112 del Tratado constitucional, el párrafo 2.º del artículo 6.1 del TUE explicita que *las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados*. Finalmente, se mantienen en sus mismos términos, tanto la disposición del Tratado constitucional que preveía la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y de las Libertades Fundamentales, como la que reconocía que los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros son parte del Derecho de la Unión como principios generales¹².

Finalmente, cabe destacar que el mismo celo con que se elimina del Tratado de Lisboa toda la simbología de tipo estatal contenida en el Tratado constitucional, se sigue para mantener aquellas modificaciones que este último aportaba, resaltando la naturaleza esencialmente intergubernamental del proceso en muchos aspectos. A este respecto destaca, por ejemplo, la referencia que el nuevo artículo 5 del TUE hace al principio de atribución de competencias explicitando que *toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros*. Precisamente, una de las características que diferencia a las Organizaciones internacionales de los Estados, como sujetos de Derecho internacional, es que las primeras gozan de competencias de atribución, derivadas de la voluntad de sus miembros que se manifiesta en el Tratado constitutivo, bien explícitamente, bien implícitamente en la medida en que dichas competencias sean necesarias para lograr los objetivos previstos en el mismo. Con ello, el nuevo Tratado, al igual que hacía el Tratado constitucional en su artículo I-11, deja claro que la Unión Europea no es otra cosa que una Organización internacional y pone de manifiesto el recelo de sus miembros a la vis expansiva que ha venido caracterizando el ejercicio de sus competencias. En la misma línea, el nuevo artículo 50 del TUE mantiene la posibilidad prevista en el artículo I-60 del Tratado constitucional de que un Estado miembro decida retirarse de la Unión. Este es un derecho que, a priori, en el ordenamiento jurídico internacional, se

¹⁰ Doc. 11197/07 (JUR 260).

¹¹ Cabe señalar, sin embargo, que en virtud del Protocolo núm. 30 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a Polonia y al Reino Unido, los efectos jurídicamente vinculantes de la Carta no se extienden a estos dos Estados salvo lo previsto explícitamente en dicho Protocolo.

¹² Respecto a la adhesión de la Unión Europea al Convenio, hay que tener en cuenta lo dispuesto por el Protocolo núm. 8 para compatibilizar el reconocimiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como máximo intérprete del Convenio, con el papel del Tribunal de Justicia de la Unión como garante de la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

reconoce siempre a cualquier Estado miembro de una Organización internacional y ello aunque, como ocurre en los tratados en vigor actualmente, el Tratado constitutivo de la Organización guarde silencio sobre este punto. Por ello, su reconocimiento explícito en el nuevo articulado del TUE, más allá de describir y delimitar el procedimiento por el que la retirada puede producirse, no tiene otro sentido que el de recordar que esta posibilidad existe, con todo lo que ello simboliza como salvaguarda de la titularidad de las competencias soberanas del Estado¹³.

2. El Tratado de Lisboa: ¿hacia una Unión Europea más eficaz y democrática?

Dejando a un lado esta que hemos denominado *batalla de los símbolos*, como ya hemos advertido al introducir este trabajo, el Tratado de Lisboa mantiene en lo esencial muchas de las modificaciones que se contenían en el Tratado constitucional. Eso sí, estas novedades se encuentran ahora dispersas en una serie de disposiciones que prevén modificaciones en el Tratado de la Unión Europea, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica. El Tratado de Lisboa aparece así como un texto de estructura compleja en la que se pueden distinguir cinco partes: la primera parte, está formada por dos artículos que contienen todas las modificaciones al TUE y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (que pasa a ser el TFUE); la segunda parte, está formada por una serie de disposiciones finales del Tratado en las que se prevé su vigencia indefinida, los requisitos para su entrada en vigor, las lenguas de autenticación y algunas explicaciones complementarias al contenido de las otras partes; la tercera parte, está formada por trece Protocolos que deberán figurar anejos al TUE, al TFUE o al propio Tratado de Lisboa –entre estos últimos se encuentra el Protocolo que contiene todas las modificaciones al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica; la cuarta parte, se constituye por un anexo que contiene las tablas de correspondencias de los artículos – numeración en la versión anterior, numeración en el Tratado de Lisboa y numeración en el texto consolidado definitivo– y la quinta parte, contiene el acta final de la Conferencia Intergubernamental por la que se adopta el Tratado con todas las declaraciones anexas a la misma.

Entre las modificaciones que preveía el Tratado constitucional y que se mantienen en el Tratado de Lisboa cabe señalar el reconocimiento de personalidad jurídica propia a la Unión Europea. En su nueva redacción, el artículo 1 del TUE prevé que la Unión substituirá y sucederá a la Comunidad Europea. La Unión Europea asume, por tanto, todas las competencias de la Comunidad, a la vez que mantiene sus competencias en Política Exterior y de Seguridad Común, si bien en este ámbito, «con unos mecanismos decisarios y una consideración conceptual que obliga aún a seguir considerando esta política como basada en el método de la cooperación y no en el de la integración

¹³ A este respecto cabe recordar que el Tribunal Constitucional alemán ya había mencionado explícitamente esta posibilidad de retirada en su jurisprudencia. *Vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 12 de octubre de 1993, en la que el Tribunal consideró compatible con la Constitución la ratificación por Alemania del Tratado de Maastricht porque precisamente el TUE no modificaba la naturaleza jurídica del proceso de integración (BVerfGE 89, 115 que se encuentra publicada en castellano en *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 3, 1993, pp. 975-1030).

que inspira el resto de competencias de la Unión»¹⁴. No obstante, como muestra de la desconfianza que suscita esta importante concesión –no debemos olvidar que ya en los debates previos al Tratado de Maastricht se planteó esta posibilidad sin que llegara a cuajar por el rechazo frontal de algunos Estados miembros– una Declaración, aneja al acta final de la Conferencia intergubernamental, advierte explícitamente que «el hecho de que la Unión Europea tenga personalidad jurídica no autorizará en modo alguno a la Unión a legislar o actuar más allá de las competencias que los Estados miembros le han atribuido en los Tratados»¹⁵. Con ello se incide nuevamente, en la línea que ya hemos indicado, de recordar que las competencias de la Unión Europea, como las de todas las Organizaciones internacionales, son derivadas de la voluntad de los Estados y están limitadas por ésta. En todo caso, la consolidación de la Unión Europea como Organización internacional propiamente dicha, con personalidad jurídica propia, supone un gran avance desde la perspectiva de la claridad del sistema para los ciudadanos y de la mejora de la eficacia en sus distintos ámbitos de acción.

El Tratado de Lisboa conserva también las principales reformas de tipo competencial que presentaba el Tratado constitucional. Así, el Título I de la primera parte del TFUE se dedica a la definición de todas las categorías y ámbitos de competencias de la Unión que luego se desarrollan con más detalle en la tercera parte de dicho Tratado. Entre las novedades que se mantienen destaca, por ejemplo, la inclusión de la *cooperación judicial en materia penal* y la *cooperación policial* entre las competencias compartidas por la Unión y sus Estados miembros. Además, como regla general, de los artículos 81 a 86 del TFUE se desprende que el procedimiento de adopción de normas en materia de cooperación judicial civil y penal será el procedimiento legislativo ordinario y, consecuentemente, la mayoría cualificada en el seno del Consejo. Frente a ello, el procedimiento aplicable en materia de cooperación policial es el procedimiento legislativo especial y la unanimidad del Consejo. No obstante, se mantienen cláusulas específicas en materia de cooperación judicial sobre, por ejemplo, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza (art. 81.3 TFUE que prevé la unanimidad del Consejo y el procedimiento legislativo especial) o aquellas situaciones en las que un Estado miembro considere que se ven afectados aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal (art. 83.3 TFUE que dispone la intervención del Consejo Europeo y la posibilidad de establecer cooperaciones reforzadas entre algunos Estados miembros). Igualmente, el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca conservan su situación especial al respecto de la cooperación policial y judicial en materia penal. Por lo que se refiere al ámbito material de competencias, además de los nuevos ámbitos ya previstos en el Tratado constitucional (turismo, protección civil, cooperación administrativa,...) cabe señalar que el Tratado de Lisboa añade incluso algunas referencias a ámbitos que no se mencionaban en aquél, como la relativa a la competencia en la lucha contra el cambio climático (art. 191 TFUE) o en materia energía (art. 194 TFUE). Ahora bien, resulta un tanto preocupante que el Tratado de Lisboa mantenga la referencia, introducida por el Tratado constitucional al regular el procedimiento de revisión de los tratados, en el sentido de que tales proyectos de revisión «podrán tener por finalidad, entre otras cosas, la de

¹⁴ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 33.

¹⁵ Declaración núm. 24 aneja al Acta final de la Conferencia Intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa, 13 de diciembre de 2007.

aumentar o *reducir* las competencias atribuidas a la Unión» (art. 48 TUE). Una vez más, se trata de recordar los límites a los que se encuentra sometido el proceso.

En relación también con el ejercicio de las competencias de la Unión Europea y vinculado al debate sobre el papel que corresponde a los Parlamentos nacionales en el proceso de integración, el Tratado de Lisboa introduce un nuevo artículo 12 en el TUE que reconoce explícitamente su vinculación «al buen funcionamiento de la Unión». Aunque esta referencia se vincula al objetivo de reforzar la legitimidad democrática del conjunto del sistema, algunas voces destacan que debe enmarcarse en el contexto de refuerzo de los Estados frente a la Unión y que «no deja de encarnar (...) una desconfianza evidente frente al Parlamento Europeo»¹⁶. Junto a este nuevo artículo del TUE, el Tratado de Lisboa mantiene el Protocolo sobre el contenido de los Parlamentos nacionales en la Unión Europea que los asocia estrechamente al procedimiento legislativo, previendo que serán plenamente informados y estableciendo un procedimiento de cooperación interparlamentaria, por un lado, de los Parlamentos nacionales con el Parlamento Europeo y, por otro lado, entre los distintos órganos parlamentarios nacionales especializados en asuntos de la Unión. En segundo lugar, se mantiene también el contenido esencial del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, pactado con ocasión del Tratado constitucional. Este Protocolo regula el conocido como «mecanismo de alerta rápida» que permite a los Parlamentos nacionales manifestar su opinión sobre la compatibilidad de las propuestas legislativas europeas con el principio de subsidiariedad¹⁷. El Tratado de Lisboa modifica el contenido de este Protocolo en dos puntos importantes. Por un lado, amplía a ocho semanas el plazo para que los Parlamentos nacionales emitan su dictamen motivado y, por otro lado, se permite que, en caso de desacuerdo entre los Parlamentos nacionales y la Comisión, por el 55 por 100 de los miembros del Consejo o por mayoría de los votos emitidos en el Parlamento Europeo pueda rechazarse la propuesta¹⁸.

Finalmente, el Tratado de Lisboa conserva también el grueso de las modificaciones que el Tratado constitucional realizaba en la estructura institucional de la Unión Europea. Aunque se introducen algunos matices diferenciales, que en gran medida responden a las exigencias planteadas por determinados Estados miembros, este es un aspecto crucial de la reforma en términos de eficacia y de refuerzo de la legitimidad democrática. Según el nuevo artículo 13 del TUE las instituciones de la Unión son el Parlamento

¹⁶ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., «Estudio...», *op. cit.*, p. 40.

¹⁷ Según se prevé, cada Parlamento nacional podrá emitir un dictamen motivado al respecto y dispondrá de dos votos. El artículo 7.2 del Protocolo dispone que «cuando los dictámenes motivados que indiquen que un proyecto de acto legislativo no respeta el principio de subsidiariedad representen al menos un tercio del total de votos atribuidos a los Parlamentos nacionales (...) el proyecto deberá volverse a estudiar. Este umbral se reducirá a un cuarto cuando se trate de un proyecto de acto legislativo presentado sobre la base del artículo 76 del TFUE, relativo al espacio de libertad, seguridad y justicia». La decisión de mantener, modificar o retirar el proyecto por parte de la institución competente deberá motivarse.

¹⁸ Esta posibilidad se regula en el artículo 7.3 del Protocolo para actos que deban adoptarse a propuesta de la Comisión por el procedimiento legislativo ordinario y sólo requiere que una mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales expresen en sus dictámenes motivados que se trata de un acto contrario al principio de subsidiariedad.

Europeo, el Consejo Europeo, el Consejo, la Comisión Europea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Banco Central Europeo –que no adquiere este carácter por primera vez– y el Tribunal de Cuentas. El Comité Económico y Social y el Comité de las Regiones se mantienen como órganos consultivos del Parlamento, el Consejo y la Comisión.

En la regulación relativa a las instituciones, cabe destacar la creación de una nueva figura como es el presidente del Consejo Europeo. Este órgano se crea para facilitar la presencia de la Unión Europea en la escena internacional, garantizando una cierta continuidad y coherencia de su acción exterior e interna. Esta figura ya se preveía en el Tratado constitucional y se ha mantenido en el Tratado de Lisboa. Es una novedad que se considera importante para mejorar la coherencia y permanencia en las principales líneas de acción de la Unión Europea, teniendo en cuenta el aumento del número de sus miembros. Además, se trata de un órgano que, en cierta medida, puede usurpar parte del protagonismo que, frente al exterior, correspondía hasta ahora al presidente de la Comisión, con lo que puede percibirse también como un contrapeso de los Estados frente a esta institución. El presidente es escogido por mayoría cualificada en el seno del propio Consejo Europeo, por un período de dos años y medio, con posibilidad de una renovación. Sus funciones son, entre otras, presidir las reuniones del Consejo Europeo, así como impulsar, preparar y garantizar una cierta continuidad en sus trabajos, en cooperación con el presidente de la Comisión, informar al Parlamento Europeo de las reuniones del Consejo Europeo y representar a la Unión en los asuntos de política exterior y de seguridad común, *sin perjuicio de las atribuciones del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y de Seguridad Común*. El papel que corresponda a esta figura en el futuro funcionamiento de la Unión Europea dependerá en gran medida de la personalidad que ostente tal cargo y de cómo se desarrolle sus relaciones con el presidente de la Comisión y con el Alto Representante.

En cuanto al Consejo de la Unión, la principal novedad se refiere al sistema de votación por mayoría cualificada. Las negociaciones en la Conferencia Intergubernamental de 2004 llevaron a la adopción de un sistema de doble mayoría que se mantiene sin modificaciones en el que sería el nuevo artículo 16 del TUE. Según el punto 4 de esta disposición, para la adopción de una decisión se exige «un mínimo del 55 por 100 de los miembros del Consejo que incluya al menos a quince de ellos y represente a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 por 100 de la población de la Unión». Estos términos deben completarse con lo previsto en el artículo 238.2 del TFUE que, para los supuestos en que el Consejo no actúe a propuesta de la Comisión o del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, prevé que «la mayoría cualificada se definirá como un mínimo del 72 por 100 de los miembros del Consejo que representa a Estados miembros que reúnan como mínimo el 65 por 100 de la población de la Unión». Ahora bien, en todo caso, estos sistemas no empezarán a aplicarse hasta el 1 de noviembre de 2014. Hasta esa fecha se mantiene en vigor el sistema de definición de la mayoría cualificada que prevé actualmente el artículo 205 del TCE. Además, el Tratado de Lisboa añade un nuevo período transitorio que permite continuar aplicando este sistema hasta el 31 de marzo de 2017 siempre que un Estado miembro así lo solicite¹⁹. Cabe señalar que estos artículos

¹⁹ *Vid.* Disposiciones relativas a la mayoría cualificada del Protocolo núm. 36 sobre las disposiciones transitorias.

son también aplicables cuando el Consejo Europeo deba adoptar una decisión por mayoría cualificada.

3. Consideraciones finales

Caminante no hay camino, se hace camino al andar...

Estos célebres versos del poema de Antonio Machado son hoy más que nunca aplicables al proceso de integración europea. Lejos de avanzar siguiendo un camino específico, el proceso está marcado por la prudencia y, en todo caso, el reconocimiento de realidades concretas que se aceptan más por su existencia efectiva o por su conveniencia económica que por la voluntad o la ilusión de construir un proyecto común. Ello no obstante, como la vida misma, la Unión Europea avanza y quizás aprendiendo de los errores del pasado, las críticas que hoy se formulán al Tratado de Lisboa puedan convertirse en virtudes, si nos permiten advertir cuál es realmente la voluntad de los Estados y de sus ciudadanos con respecto al futuro. Ciertamente, la tendencia a la flexibilidad, la proliferación de regímenes especiales, excepciones, cláusulas opting out y sistemas de cooperación reforzada que suscitan reticencias porque auguran un peligroso aumento de la complejidad, son por el momento la única respuesta que el sistema ofrece para aquellos Estados dispuestos a ir más allá y los que, por el contrario, prefieren no asumir más obligaciones.

Teniendo en cuenta que el proceso de ratificación del Tratado de Lisboa está sometido a incógnitas, todavía importantes tras el referéndum negativo de Irlanda, alegrémonos por el vaso medio lleno que, pese a todo, aporta este nuevo Tratado. Esperemos que el 2009 nos permita beber por un presente de la Unión que se consolide sobre la base de los nuevos TUE y TFUE, alejándose por un tiempo del fantasma de la continua reforma que, desde hace más de diez años, no ha logrado generar sino incertidumbre e insatisfacción. Demos tiempo al tiempo para ver cómo camina esta nueva organización internacional que es la Unión Europea con los instrumentos, más o menos desarrollados, que sus miembros han consentido en conferirle.

*Rapports nacionales de Derecho privado europeo,
Comparado y Comunitario*

ALEMANIA

Bibliografía (2008)

MARTIN EBERS*

I. PRINCIPIOS EUROPEOS Y MARCO COMÚN DE REFERENCIA

- ASSOCIATION HENRI CAPITANT - SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉ (eds.): *European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, Sellier European Law Publishers, München, 2008.
- HESSELINK, Martijn: *CFR & Social Justice*, Sellier European Law Publishers, München, 2008.
- LOOS, Marco B. M.: *Review of the European Consumer Acquis*, Sellier European Law Publishers, München, 2008.

II. DERECHO PRIVADO EUROPEO – CUESTIONES GENERALES

- BÄUMER, Matthias: *Die Privatrechtskodifikation im juristischen Universitätsstudium. Problemanalyse im Spiegel historischer Reformdiskussionen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.
- HÖPFNER, Clemens: *Die systemkonforme Auslegung. Zur Auflösung einfacher gesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- PETERSEN, Kathrin: *EG-Richtlinienumsetzung und Übergangsgerechtigkeit. Fragen der Rückwirkung, der Kontinuität und der Systemgerechtigkeit*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.
- SCHICK, Marius M.: *Die Gesetzesumgehung im Licht der nationalen und gemeinschaftsrechtlichen Rechtsprechung. Allgemeine Überlegungen zur strukturierten Prüfung von Umgehungsgeschäften mit Hilfe einer Rechtsinstitutstheorie*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.

III. DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO Y COMUNITARIZADO – CUESTIONES GENERALES

- GRENZEBACH, Philipp: *Rechtsvereinheitlichung und Stellvertretung. Vereinheitlichungsvorschläge zum Recht der Stellvertretung vor dem Hintergrund von Rechtsgeschichte und Rechtsvergleichung unter Konzentration auf das Deutsche Recht und das Common Law*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2008.
- MITZKAIT, Anika: *Leistungsstörung und Haftungsbefreiung. Ein Vergleich der Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts mit dem reformierten deutschen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

* Doctor en Derecho, Humboldt Universität zu Berlin.

- PAPARSENIOU, Paraskevi: *Griechisches Verbrauchervertragsrecht. Eine Untersuchung vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsprivatrechts*, Sellier European Law Publishers, München, 2008.
- REMIEN, Oliver (ed.): *Schuldrechtsmodernisierung und Europäisches Vertragsrecht. Zwischenbilanz und Perspektiven - Würzburger Tagung vom 27. und 28.10.2006*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- RIESENHUBER, Karl (ed.): *Perspektiven des Europäischen Schuldvertragsrechts*, De Gruyter Recht, Berlin, 2008.
- RÖSSLER, Christine: *Reisegewährleistungsrecht und allgemeines europäisches Leistungsstörungsrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung zu den PECL, dem deutschen modernisierten Schuldrecht, der RL 90/314/EWG und den §§ 651 a ff BGB unter Berücksichtigung der Bedeutung für den Gemeinsamen Referenzrahmen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.
- SCHRAGE, Eltjo J. H. (ed.): *Ius quaesitum tertio*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.
- WEIDT, Heinz: *Antizipierter Vertragsbruch. Eine Untersuchung zum deutschen und englischen Recht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

IV. COMPRAVENTA

- BITTNER, Silke: *Der Regress des Letztverkäufers nach Art. 4 Verbrauchsgüterkaufstrichtlinie. Eine vergleichende Analyse unter Einbeziehung des UN-Kaufrechts und des deutschen, österreichischen und englischen Rechts*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2008.
- HONRATH, Achim: *Gewährleistung und Rückgriff beim Kauf neuer industriell hergestellter Massengüter in der Lieferkette. Nacherfüllung, Garantieleistung und Grenzen der Vertragsgestaltung*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2008.
- NAJDECKI, Damian Wolfgang: *Umgehung der Schutzvorschriften für den Verbrauchsgüterkauf*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.
- SABBAGH-FARSHI, Fariba: *Die vorvertragliche Haftung im UN-Kaufrecht und in den Unidroit- und Lando-Prinzipien unter Einbeziehung des deutschen und englischen Rechts*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.
- SENDMEYER, Stefanie: *Der Unternehmerregress nach Maßgabe der §§ 478, 479 BGB. Unter besonderer Berücksichtigung intertemporaler und internationalprivatrechtlicher Probleme*, Duncker & Humblot, Berlin, 2008.
- SKAMEL, Frank: *Nacherfüllung beim Sachkauf. Zum Inhalt von Nachbesserung und Ersatzlieferung sowie deren Abgrenzung vom Schadensersatz*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- TEUFEL, Anne Julia: *Der finanzierte Verbrauchsgüterkauf im deutschen und französischen Recht. Rechtsvergleichende Untersuchung zum Verbraucherschutzrecht bei finanzierten Verträgen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.

V. CONTRATO DE SERVICIOS

- FRANZIUS, Claudio: *Gewährleistung im Recht. Grundlagen eines europäischen Regelungsmodell öffentlicher Dienstleistungen*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- KESSLER, Jürgen – MICKLITZ, Hans-W. – BASLER, Mareen – BEUCHLER, Holger - BONOME-DELLS, Romina: *Kundenschutz auf liberalisierten Märkten – Energie. Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.

- KESSLER, Jürgen – MICKLITZ, Hans-W. – BASLER, Mareen – BEUCHLER, Holger - BONOME-DELLS, Romina: *Kundenschutz auf liberalisierten Märkten - Personenverkehr/Eisenbahn. Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.
- KESSLER, Jürgen – MICKLITZ, Hans-W. – BASLER, Mareen – BEUCHLER, Holger - BONOME-DELLS, Romina: *Kundenschutz auf liberalisierten Märkten – Telekommunikation. Vergleich der Konzepte, Maßnahmen und Wirkungen in Europa*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.
- KUNZMANN, Manuel: *Wege zu einem einheitlichen Binnenmarkt für Dienstleistungen. Eine methodische Untersuchung am Beispiel der EU-Dienstleistungsrichtlinie*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2008.
- SCHLACHTER, Monika - OHLER, Christoph (eds.): *Europäische Dienstleistungsrichtlinie. Handkommentar*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.
- SINZ, Lucyna: *Nationale Regelungszuständigkeit im Bereich der Dienstleistungsfreiheit. Unter besonderer Berücksichtigung der Wirtschaftsordnung des Beitrittslandes Polen*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.
- WAGNER, Claudia: *Einflüsse der Dienstleistungsfreiheit auf das nationale und internationale Arzthaftungsrecht*, 2008.

VI. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL

- MANNSDORFER, Thomas M. - NAVAS NAVARRO, Susana: *Spanisches Haftungs- und Versicherungsrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.
- KOZIOL, Helmut – SCHULZE, Reiner (eds.): *Tort Law of the European Community*, Springer Verlag, Wien/New York, 2008.
- KOZIOL, Helmut - STEININGER, Barbara C. (Eds.): *European Tort Law 2006*, Springer Verlag, Wien/New York, 2008.

VII. DERECHO PROCESAL CIVIL EUROPEO

- HUBER, Stefan: *Entwicklung transnationaler Modellregeln für Zivilverfahren am Beispiel der Dokumentenvorlage*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- KOHLER, Kristin: *Die grenzüberschreitende Verbraucherverbandsklage nach dem Unterlassungsklagengesetz im Binnenmarkt*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2008.
- OTTAVIANO, Marco: *Der Anspruch auf rechtzeitigen Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- ROGOZ, Thomas: *Ausländisches Recht im deutschen und englischen Zivilprozess*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- SACHS, Bärbel: *Die Ex-officio-Prüfung durch die Gemeinschaftsgerichte*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- SCHLACKE, Sabine: *Überindividueller Rechtsschutz. Phänomenologie und Systematik überindividueller Klagebefugnisse im Verwaltungs- und Gemeinschaftsrecht, insbesondere am Beispiel des Umweltrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- SLADIC, Jorg: *Einstweiliger Rechtsschutz im Gemeinschaftsprozessrecht. Eine Untersuchung der Rechtsprechung des EG/EU-Prozessrechts*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2008.

VIII. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- BASEDOW, Jürgen - BAUM, Harald – NISHITANI, Yuko (eds.): *Japanese and European Private International Law in Comparative Perspective*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.
- BUSCHBAUM, Markus: *Privatrechtsgestaltende Anspruchspräklusion im internationalen Privatrecht. Am Beispiel der Abwehr von und Haftung für grenzüberschreitende Grundstücksimmissionen sowie Umweltschädigungen im Sinne von Art. 7 der Rom II-Verordnung*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2008.
- FRÖHLICH, Claus Wilhelm: *The Private International Law of Non-Contractual Obligations According to the Rome-II Regulation. A Comparative Study of the Choice of Law Rules in Tort Under European, English and German Law*, Verlag Dr. Kovač, Hamburg, 2008.
- SPRENGER, Carsten: *Internationale Expertenhaftung. Die Dritthaftung von Experten im Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2008.

Legislación

Transposición de la Directiva 2004/48/CE relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual

El pasado 1 de septiembre de 2008 entró en vigor la ley de transposición de la Directiva 2004/48/CE (*Gesetz zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums*, BGBI. 2008 I p. 1191), que modifica otras leyes anteriores y, entre ellas, las leyes sobre derechos de autor, de patentes y de marcas. La finalidad de la ley es facilitar la lucha contra la piratería y, por ende, fortalecer la propiedad intelectual.

1. Daños y perjuicios

El artículo 13 de la Directiva obliga a los Estados miembros a sancionar al infractor que, a sabiendas o con motivos razonables para saberlo, haya intervenido en esa infracción con una indemnización de daños y perjuicios. En el párrafo 1, el artículo 13 se pronuncia sobre la cuantía adecuada de esa indemnización, en cuya fijación deben tenerse en cuenta todos los aspectos pertinentes, como las consecuencias económicas negativas, entre ellas las pérdidas de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada, cualesquiera beneficios ilegítimos obtenidos por el infractor y, cuando proceda, elementos distintos de los factores económicos, tales como el daño moral causado por la infracción al titular del derecho. Alternativamente, se pueden fijar los daños y perjuicios mediante una cantidad a tanto alzado sobre la base de elementos como, cuando menos, el importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. A diferencia de lo previsto en el proyecto de directiva del año 2003 (COM(2003)46), la versión definitiva de la norma comunitaria ya no considera la posibilidad de que el perjudicado pueda pretender una indemnización por daños y perjuicios que represente el doble del importe de los cánones o derechos que se le adeudarían si el infractor hubiera

pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. Finalmente, el artículo 13.2 reconoce a los Estados miembros la posibilidad de que las autoridades judiciales ordenen la recuperación de los beneficios o el pago de daños y perjuicios que podrán ser preestablecidos.

Antes de que lo reconociera esta Directiva, en Alemania ya existían las distintas posibilidades de calcular los daños que regula la norma comunitaria. En los trabajos preparatorios de la nueva ley, también se contempló— siguiendo lo dispuesto en el proyecto de Directiva— la posibilidad de reconocer una suma global sobre la base de los derechos que se hubieran adeudado si se hubiera obtenido la licencia, o incluso más elevada, por ejemplo el doble. Pero, finalmente, el legislador alemán no ha optado por esta solución. Se alega que el papel que cumple la indemnización de daños en el sistema alemán es la de compensar a la víctima los daños efectivamente causados y no, por el contrario, la de sancionar al infractor. Por tanto, dentro del sistema del BGB no encajan los llamados *punitive damages*, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho de los Estados Unidos de América (*vid.* los materiales legislativos en *BT-Drucks 16/5048*, p. 37). De este modo, las leyes que sobre propiedad intelectual que han resultado modificadas por la transposición de la Directiva sólo contemplan en general la posibilidad, a elección del perjudicado, de reclamar, junto al daño emergente, también el lucro cesante, que puede traducirse en una cuantía global «proporcionada» respecto de lo que se hubiera ganado si se hubiera explotado legalmente el derecho. Tal fórmula proporciona base suficiente a los tribunales para, en los casos que lo requieran, incrementar notoriamente las cuantías indemnizatorias.

2. Derecho de información

La ley alemana de transposición incluye el derecho de información, al que se refiere el artículo 8 de la Directiva. Hasta la fecha, la regulación alemana sólo otorgaba al titular del derecho una pretensión a la información frente a quien infringía el derecho de propiedad intelectual. Pero no es infrecuente que los únicos que puedan identificar al infractor sean terceras personas. Por ejemplo, si se hallan contenedores de un importador con zapatos deportivos que falsifican una marca, o si alguien no fácilmente identificable pone a disposición del público, a través de un proveedor de servicios de internet, música que está protegida con derechos de propiedad intelectual. En estos casos, el titular del derecho tiene un razonable interés en obtener del importador información sobre la procedencia de la mercancía o de conocer a través del proveedor de internet la identidad del infractor. La ley de transposición alemana, de acuerdo con el artículo 8 de la Directiva, se lo reconoce.

3. Entrega y aseguramiento de pruebas

El artículo 6 de la Directiva regula la posibilidad de que las autoridades judiciales obliguen a la parte contraria a la entrega de pruebas. Es una previsión que rompe con el principio del Derecho procesal alemán sobre la aportación de pruebas por las partes (*Beibringungsgrundsatz*). Hasta la fecha, el demandante no tenía ninguna pretensión a que le fueran exhibidas pruebas de la parte contraria en el proceso. Esto ha cambiado tras la ley de transposición. Si existe una gran probabilidad de que un derecho protegido resulte lesionado, el titular del derecho puede exigir al infractor que ponga a su disposición escrituras o muestras de ejemplares u objetos. Llegado el caso, la pretensión puede extenderse a la muestra de documentos bancarios, financieros o comer-

ciales que se encuentren en poder de la parte contraria. De acuerdo con el artículo 7 de la Directiva, se pueden adoptar medidas provisionales para proteger las pruebas pertinentes y evitar que éstas desaparezcan o sean transformadas y, entre ellas, la incautación.

ESPAÑA

ESTHER ARROYO AMAYUELAS Y BELÉN TRIGO GARCÍA

Bibliografía

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

Esta vez, la crónica bibliográfica tiene la finalidad exclusiva de poner de relieve el impulso que está dando el notariado español y catalán al desarrollo del Derecho privado europeo, especialmente a partir de la traducción de obras monográficas de juristas europeos de reconocido prestigio, pero también fomentando estudios sobre las leyes de transposición de las directivas europeas en España.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis Humberto: *Condiciones generales y cláusulas contractuales impuestas*, colección «Notariado hoy» (minor), dirigida por Ángel Serrano de Nicolás, Barcelona, Bosch, 2008, 77 pp., ISBN 978-84-9790-385-1.

RÖTHEL, Anne: *El Derecho de sucesiones y la legítima en el Derecho alemán*, colección «Notariado hoy» (minor), dirigida por Ángel Serrano de Nicolás (traducción del texto original alemán por Antoni Vaquer Aloy), Barcelona, Bosch, 2008, 80 pp., ISBN 978-84-9790-413-1.

WESTERMANN, Harry/WESTERMANN, Harm Peter/GURSKY, Karl-Heinz/EICKMANN, Dieter: *Derechos reales* (original: *Sachenrecht*, 1998⁷; traducido por José María Miquel González, Ana Cañizares Laso, José Miguel Rodríguez Tapia y Bruno Rodríguez-Rosado), 2 vols., Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 2008, 1636 pp., ISBN10 8495130068; ISBN13 9788495130068.

ZACCARIA, Alessio: *Perfiles del Derecho italiano de Sucesiones*, colección «Notariado hoy» (minor), dirigida por Ángel Serrano de Nicolás (traducción del texto original italiano por Miriam Anderson y Lorenzo Bairati), Barcelona, Bosch, 2008, 83 pp., ISBN 978-84-9790-419-3.

ZIMMERMANN, Reinhard: *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado* (original: *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, 2005; traducido por Esther Arroyo i Amayuelas), Colección «Notariado hoy» (maior), dirigida por Ángel Serrano de Nicolás, Barcelona, Bosch, 2008, 282 pp., ISBN 978-84-9790-412-4.

* Prof. Titular de Derecho Civil (Universitat de Barcelona). La contribución forma parte del Proyecto SGR 2005 -00759.

Legislación

BELÉN TRIGO GARCÍA*

La Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental

La orientación expresamente administrativa de la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, plantea como primera cuestión su relación con la responsabilidad civil.

Esta ley transpone, con retraso, la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (el plazo para la transposición concluía el 30 de abril de 2007, art. 19 Directiva 2004/35/CE). El legislador español da a entender que la opción a favor de la responsabilidad administrativa tiene su origen en la propia norma comunitaria. Así, el Preámbulo I, párrafos 2.º y 3.º, hace referencia a la necesidad de instrumentar nuevos sistemas de responsabilidad, necesidad a la que respondería la directiva, que es transpuesta al ordenamiento jurídico español incorporando un régimen administrativo de responsabilidad ambiental.

Propiamente, la Directiva no impone esta opción, pues hace referencia genéricamente a responsabilidad, sin más calificativos, y alude, también genéricamente, a autoridad o autoridades competentes. Con ello la Directiva da entrada a la intervención de la Administración pública, eludiendo el recurso exclusivo a la responsabilidad civil. Su considerando (13) refleja este enfoque al explicar que *«No es posible subsanar todas las formas de daño medioambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que ésta sea eficaz, es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. Por consiguiente, la responsabilidad no es un instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido y difuso, en la cual es imposible asociar los efectos medioambientales negativos con actos u omisiones de determinados agentes individuales»* [sobre la Directiva 2004/35/CE, su elaboración y el proceso de transposición al derecho español, *vid.* entre otros, G. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, «*¿Es oportuno elaborar una Ley de responsabilidad civil medioambiental?*», LA LEY, núm. 1, 1998, pp. 1889-1906; C. VÁZQUEZ COBOS / P. POVEDA GÓMEZ, «*La reparación de los daños ambientales: estudio comparativo entre el Anteproyecto de Ley de responsabilidad Civil derivada de actividades con incidencia ambiental y el Libro Blanco de la Comisión Europea sobre Reparación Medioambiental*», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 193, 2001, pp. 59-72; N. ÁLVAREZ LATA, «*La responsabilidad en materia de prevención y reparación de daños medioambientales: ámbito material y régimen de responsabilidad*». Comentario a la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 5, 2004; J. JORDANO FRAGA, «*La responsabilidad por daños ambientales en el derecho de la Unión Europea: análisis de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental*», *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE, de responsabilidad por daños ambientales y su incidencia en el ordenamiento español*, 2005, p. 13-50; R. MÁRQUEZ

* Profesor Titular de Derecho Civil (Universitat de Barcelona). La contribución forma parte del Proyecto SGR 2005-00759.

MOLERO / E. ORTEU BERROCAL, «La transposición de la Directiva 2004/35/CE, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños ambientales», *Estudios sobre la Directiva 2004/35/CE...* cit., pp. 51-66; I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, «Responsabilidad civil medioambiental», *Estudios de derecho judicial*, núm. 80, 2005 (ejemplar dedicado a la responsabilidad civil medioambiental), pp. 37-59; M.ª J. VAQUERO PINTO, «Responsabilidad civil por daños medioambientales», *Revista de Derecho Privado*, núm. 90, 2006, pp. 35-62].

Resulta difícil rebatir la conclusión que se deriva de este considerando: el daño medioambiental requiere una respuesta renovada y, preferentemente, complementaria por parte de distintos sectores del ordenamiento jurídico. Ahora bien, cuestión distinta es excluir la responsabilidad civil de la responsabilidad medioambiental [cfr. STS (Sala de lo Penal), de 20 de diciembre de 2007, FD 2.º, menciona la Ley 26/2007 en relación con la acción protectora del derecho administrativo/sancionador y del derecho penal].

Ciertamente, el régimen de responsabilidad civil tradicional no parece el más adecuado para hacer frente a los daños medioambientales; en el caso español, si pensamos en la regulación de los artículos 1902 y ss. CC, de impronta decimonónica (*vid.* sobre la condición de interesados en los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental el art. 42 Ley 26/2007). En cambio, y pese a las apariencias, cabe dudar de que la Ley 26/2007 quede totalmente al margen del derecho civil [sobre la inadecuación del las reglas tradicionales de la responsabilidad civil y la insuficiencia del derecho público, *vid.* A. RUDA GONZÁLEZ, *El daño ecológico puro. La responsabilidad civil por el deterioro del medio ambiente, con especial atención a la Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor (Navarra), 2008].

Así, el Preámbulo de la Ley 26/2007 en su punto I, párrafo 3.º, caracteriza el régimen de responsabilidad que instaura como responsabilidad administrativa «en la medida en que instituye todo un conjunto de potestades administrativas con cuyo ejercicio la Administración pública debe garantizar el cumplimiento de la ley y la aplicación del régimen de responsabilidad que incorpora». No obstante, dejando al margen los aspectos de supervisión, control y defensa del interés público que corresponden a las Administraciones públicas, la ley se ocupa de la indemnización del daño causado por el incumplimiento del deber de no causar daño a otros.

Al respecto, el mismo Preámbulo de la Ley I párrafo 3.º *in fine* constata que esa supuesta responsabilidad administrativa «Se separa, pues, de la responsabilidad civil clásica en la que los conflictos entre el causante del daño y el perjudicado se dirimen en sede judicial» (mías las cursivas). Igualmente, se reconoce que, regulados los daños medioambientales con origen en la comisión de infracciones administrativas (*vid.* arts. 35 ss. Ley 26/2008 sobre infracciones y sanciones administrativas) o penales, era necesario completar el marco legal de protección de los recursos naturales (art. 6 *Concurrencia entre la responsabilidad medioambiental y las sanciones penales y administrativas* Ley 26/2007; cfr. art. 45 CE). Finalmente, junto al establecimiento de normas aplicables a los procedimientos de exigencia de responsabilidad medioambiental, en principio de naturaleza administrativa (arts. 41 ss. Ley 26/2008; Preámbulo VI), la disposición adicional novena prevé la aplicación de las normas del anexo II *Reparación del daño medioambiental* –o las dispuestas con carácter complementario por la normativa autonómica con el mismo objeto– en la determinación de la obligación de reparación de daños

medioambientales, con independencia de que tal obligación se exija en un proceso judicial civil, penal o contencioso-administrativo o en un procedimiento administrativo.

El interés de la discusión sobre la naturaleza de esta responsabilidad no es únicamente académico; implica también su aplicación práctica en la medida en que da pie a preguntarnos sobre la posible aplicación complementaria de la normativa y de la doctrina elaborada a propósito de la responsabilidad civil (*v. gr.* a propósito de la apreciación de la culpa o de la relación de causalidad).

A grandes rasgos, la Ley 26/2007 sigue el tenor de la Directiva comunitaria, basada en los principios de prevención y de que «quien contamina paga» (art. 1 Ley 26/2007) (comentan esta ley, entre otros, J. MARTÍ MARTÍ, «Ley de responsabilidad medioambiental «quien contamina paga» pero «quien la sufre no cobra», *Diario La Ley*, núm. 6830, 2007; C. DE MIGUEL PERALES, «La nueva Ley de responsabilidad medioambiental: quedan cuestiones aún por resolver», *Diario La Ley*, núms. 6848-6849, 2007; P. LÓPEZ TOLEDO, «La nueva Ley 26/2007, de 23 de octubre, de responsabilidad medioambiental, *Actualidad administrativa*, núm. 3, 2008; A. J. QUESADA SÁNCHEZ, «Autorización administrativa y riesgos del desarrollo en la Ley de responsabilidad medioambiental: una transposición polémica», *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, núm. 3, 2008, pp. 6-25; R. RODRÍGUEZ ESCOBAR, «La nueva responsabilidad medioambiental derivada de la Ley 26/2007», *Revista Aranzadi de derecho ambiental*, núm. 13, 2008, pp. 291-320; M.^a ZAMBONINO PULITO, «El sistema de responsabilidad ambiental: estudio de su régimen y límites», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 18, 2008).

El daño medioambiental se define como el daño a las especies silvestres y a los hábitat, los daños a las aguas, los daños a la ribera del mar y de las rías, y los daños al suelo (art. 2.1.^º Ley 26/2007; sobre el ámbito de aplicación *vid.* también art. 3.4.^º y 5.^º Ley 26/2007; sobre el daño ecológico puro –*cfr.* art. 5 *Daños a particulares* Ley 26/2007– *vid.* A. RUDA GONZÁLEZ, *op. cit.*, y A. CABANILLAS SÁNCHEZ, «El daño ambiental y los derechos de la persona», *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. 2, 2001, pp. 1149-1156).

En principio, la responsabilidad que establece la Ley es objetiva e ilimitada. No obstante, han de hacerse una serie de matizaciones. Se aplicará la Ley 26/2007 aunque no exista dolo, culpa o negligencia, a los daños medioambientales y a las amenazas inminentes de que tales daños ocurran, cuando hayan sido causados por las actividades económicas o profesionales enumeradas en el anexo III de la ley. En cambio, respecto de los daños medioambientales y las amenazas inminentes de que tales daños ocurran causados por las actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III sólo serán exigibles medidas de reparación cuando medie dolo, culpa o negligencia; las medidas de prevención y de evitación, en todo caso (art. 3 Ley 26/2007).

Por otra parte, los operadores de las actividades económicas o profesionales incluidas en esta ley están obligados a adoptar y a ejecutar las medidas de prevención, de evitación y de reparación de daños medioambientales y a sufragar sus costes, cualquiera que sea su cuantía (art. 9 Ley 26/2007). Ahora bien, esta norma sólo se aplicará cuando resulten responsables de los daños medioambientales; al respecto, ha de tenerse en cuenta los supuestos de inexigibilidad de la obligación de sufragar los costes (arts. 14 Ley 26/2007; *vid.* art. 15 sobre recuperación de costes; *vid.* también disposición adicional tercera sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de

derecho marítimo y de navegación interior), sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra terceras personas (art. 16 Ley 26/2007).

Completa el régimen legal la previsión de un plazo de prescripción de treinta años (art. 4 Ley 26/2007); la previsión de aplicación del régimen de la responsabilidad mancomunada en los supuestos en los que exista una pluralidad de operadores y se pruebe su participación en la causación del daño o de la amenaza inminente de causarlo, a no ser que por ley especial que resulte aplicable se disponga otra cosa (art. 11 Ley 26/2007; sobre responsables solidarios y subsidiarios, *vid.* art. 13 Ley 26/2007); y la previsión de garantías financieras obligatorias (arts. 24 ss. Ley 26/2007).

Al tratarse de una directiva de mínimos (art. 16 Directiva 2004/35/CE), el legislador español ha elevado el grado de protección ofrecido por la normativa comunitaria a propósito de su ámbito de aplicación. Así, el artículo 3.2.º de la Ley 26/2007 declara la responsabilidad respecto de los daños medioambientales, en general, causados por actividades económicas o profesionales distintas de las enumeradas en el anexo III; mientras que el artículo 3.1.º *b*) de la Directiva 2004/35/CE aludía a los daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos siempre que hubiera habido culpa o negligencia. Por otra parte, el artículo 3.1.º apartado 2.º Ley 26/2007 incorpora la presunción iuris tantum de que una actividad económica o profesional de las enumeradas en el anexo III ha causado el daño o la amenaza inminente de que dicho daño se produzca cuando, atendiendo a su naturaleza intrínseca o a la forma en que se ha desarrollado, sea apropiada para causarlo.

Cabe preguntarse si el legislador español podría haber ido más allá al superar los niveles de exigencia y protección previstos en la normativa comunitaria. En todo caso, ha de advertirse que está pendiente el desarrollo de la Ley 26/2007, desarrollo para el que será necesario el concurso de las Comunidades Autónomas (*cfr.* art. 7 *Competencias administrativas*; disposición adicional segunda *Aplicación de normativa medioambiental más exigente*; disposición final primera *Títulos competenciales*; y disposición final tercera *Autorización de desarrollo*). Así, pese a que la disposición final sexta de la Ley 26/2007 prevé su entrada en vigor, con carácter general, al día siguiente de su publicación en el «BOE» («BOE» núm. 255, de 24 de octubre de 2007) y retrotrae sus efectos al 30 de abril de 2007 (*vid.* disposición transitoria única *Daños anteriores a la entrada en vigor de la ley*), exceptúa los capítulos IV *Garantías financieras* y V *Infracciones y sanciones*. Precisamente respecto de la fecha en que será exigible la constitución de la garantía financiera obligatoria, la disposición adicional cuarta se remite a la correspondiente orden del Ministro de Medio Ambiente a aprobar a partir del 30 de abril de 2010 (*cfr.* art. 14 Directiva 2004/35/CE).

En cualquier caso, ha de recordarse que, igual que la directiva (art. 3.2.º Directiva 2004/35/CE), la ley española se aplicará sin perjuicio de normas comunitarias sobre responsabilidad medioambiental más exigentes (disposición adicional segunda apartado 1.º, Ley 26/2007). En este sentido, puede tenerse en cuenta la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 24 de junio de 2008, en el asunto C-188/07 (cdos. 87-89 a propósito de la Directiva 2004/35/CE y de la Directiva 75/442/CEE).

FRANCIA

ELISE POILLOT Y SUSANA NAVAS NAVARRO

Bibliografía

ELISE POILLOT*

I. DERECHO COMPARADO Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

- GUINCHARD, S. - FERRAND F. - CHAINAIS, C.: *Procédure civile, droit internet et communautaire*, Dalloz / Précis, ISBN : 978-2-247-08002-1.
 CURTIT, F., MESSNER F., *Droit des religions en France et en Europe: Recueil de textes*, Bruylant, ISBN : 978-2-802-72535-0.

II. DERECHO INSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- ANGEL, B., CHALTIEL-TERRAL, F.: *Quelle Europe après le Traité de Lisbonne?*, L.G.D.J. / Ouvrages hors collection - ISBN: 978-2-275-03335-8.
 FAVRET J.M. : *L'essentiel de l'Union européenne et du droit communautaire*, Gualino éditeur / Carrés «Rouge» - ISBN: 978-2-297-01066-5.
 KADDOUS, C. - PICOD, F.: *Communauté européenne*, Staempfli - ISBN: 978-3-7272-9534-8.
 GRANDGUILLOT, D.: *Les institutions publiques françaises et européennes*, Gualino éditeur / Les Zoom's - ISBN: 978-2-297-01153-2.
 PHILIP, C. - SOLDATOS, P.: *Quelle relance pour la construction européenne?*, Bruylant - ISBN: 978-2-8027-2467-4.
 PELAN, P. : *Les fonds structurels européens*, L.G.D.J. / Ouvrages hors collection - ISBN: 978-2-84200-973-1.
 ZILLER, J.: *Les nouveaux traités européens, Lisbonne et après*, Montchrestien / Clefs / Politique - ISBN: 978-2-7076-1618-0.

III. DERECHO MATERIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

- BRUNET, F. - CANIVET, G.: *Le nouveau droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J. / Droit des affaires - ISBN: 978-2-275-03308-2.
 DECOCQ, A. - DECOCQ, G.: *Droit de la concurrence, droit interne et droit de l'Union européenne*, L.G.D.J. / Manuels / Droit privé - ISBN: 978-2-275-03302-0.
 DEROUIN, PH. - MARTIN, PH.: *Droit communautaire et fiscalité*, LexisNexis Litec, ISBN: 978-2-7110-0877-3.
 ERNEST, L. - LE GUIRRIEC-MILNER, G.: *L'Union européenne*, Gualino éditeur / Manuels - ISBN: 978-2-297-00107-6.

* Maître de Conférences à l'Université Jean Moulin-Lyon 3. Directrice adjointe de l'Institut de Droit Comparé Edouard Lambert.

- FAVREAU, B.: *L'avocat dans le droit européen*, Bruylant - ISBN: 978-2-8027-2552-7.
- GRYNFOGEL, C.: *Droit communautaire de la concurrence*, L.G.D.J. / Systèmes - ISBN: 978-2-275-03230-6.
- LECOURT, R.: *L'Europe des juges*, Bruylant - ISBN: 978-2-8027-2474-2.
- MENJUCQ, M. – MONTCHRESTIEN : *Droit international et européen des sociétés*, Précis Domat / Droit privé - ISBN: 978-2-7076-1558-9.
- PESCATORE, P.: *Études de droit communautaire européen*, Bruylant - ISBN: 978-2-8027-2531-2.
- RODIÈRE, P.: *Droit social de l'Union européenne*, L.G.D.J. / Traités - ISBN: 978-2-275-02242-0.
- SAURON, J.-L.: *Procédure européenne et communautaire*, Gualino éditeur / Manuels - ISBN: 978-2-297-00042-0.
- WICKER, G. (sous la direction de), *Droit européen du contrat et droits du contrat en Europe. Quelles perspectives pour quel équilibre*, LexisNexis Litec, ISBN: 978-2-7110-1100-1.

IV. DERECHOS HUMANOS

- ALLARD, J., HAARSCHER G., HENNEBEL, L., LEWKOWICZ, G: *Juger les droits de l'homme, l'Europe et les Etats-Unis face à face*, Bruylant - ISBN: 978-2-8027-2468-1.
- ILIOPOULOU, A., DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, J.: *Libre circulation et non-discrimination: Eléments du statut du citoyen de l'Union européenne*, Bruylant, ISBN: 978-2-8027-2471-1.
- KRENC, F., PUECHAVY, M.: *Le droit de la famille à l'épreuve de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, Bruylant - ISBN: 978-2-8027-2525-1.
- MARGUÉNAUD, J.-P.: *La Cour européenne des droits de l'homme*, Dalloz / Connaissance du droit, 978-2-2470-7855-4.
- SAURON, J.-L., STIRN, B.: *Le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, Gualino éditeur / Manuels - ISBN: 978-2-297-01058-0.

Legislación

SUSANA NAVAS NAVARRO*

Loi n.º 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations (JORF, 28 mai 2008).

Con la presente ley el Estado francés pretende adaptar el derecho nacional a determinadas Directivas comunitarias que tienen que ver con la lucha contra la discriminación. En concreto, son las siguientes: Directiva 2000/43/CE 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), Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al estableci-

* Prof. Titular de Derecho Civil (Universidad Autónoma de Barcelona)

miento 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), Directiva 2002/73/CE 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), Directiva 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (*DOCE* núm. L 373, de 21 de diciembre de 2004, pp. 37-43), 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 (*DOUE* núm. L 204/23, de 26 de julio de 2006).

En el artículo primero de la referida Ley se dan las definiciones de discriminación directa e indirecta de acuerdo con las Directivas transcritas, incluyendo dentro de dichos conceptos tanto el acoso sexual como el moral. Los fundamentos que pueden constituir discriminación son la pertenencia o no, verdadera o supuesta, a un etnia o raza, religión, convicciones, edad, incapacidad, orientación sexual o género.

La discriminación directa o indirecta está prohibida en materia de protección social, sanidad, ventajas sociales, educación y acceso a los bienes y servicios y su suministro, en materia de afiliación sindical o afiliación a una organización profesional, acceso al empleo, al empleo mismo, formación profesional, condiciones de trabajo y promoción profesional. Se comprende tanto el trabajo asalariado como independiente (art. 2.1 y 2.2). No obstante, se podrá diferenciar siempre y cuando la finalidad para la cual se lleva a cabo sea legítima y proporcionada (art. 2.2, segundo inciso).

Se prohíbe cualquier discriminación por razón de la maternidad o de embarazo (art. 2.3), lo que impide la adopción de medidas favorables para la mujer en este ámbito. En el artículo 2.4 hay una mención expresa (reiterativa e innecesaria) a la prohibición de toda discriminación por razón de sexo en materia de acceso a bienes y a servicios y su suministro. Sin embargo, se permiten diferencias de sexo cuando el suministro de bienes y servicios está dirigido esencialmente a un sexo determinado y ello está justificado y no resulta desproporcionado. También se permiten dichas diferencias para el cálculo de las primas de los seguros y, finalmente, para la educación separada de los alumnos en función de su sexo.

Las disposiciones contenidas en la Ley se aplican tanto a personas sometidas al derecho público como a aquellas sometidas al derecho privado (art. 5). Además, se establece la inversión de la carga de la prueba en caso de que una víctima alegue discriminación (art. 4). Finalmente, se procede a modificar el código de trabajo, el código penal, el código de la seguridad social y el código de la mutualidad.

GRAN BRETAÑA

Bibliografía (2008)

ALEXANDRA BRAUN *

I. DERECHO COMUNITARIO Y DERECHO PRIVADO EUROPEO

- CREMONA, Marise: *Developments in EU External Relations Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- DASHWOOD, Alan - MARESCEAU, Marc (eds.): *Law and Practice of EU External Relations. Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- GILLIES, Lorna E.: *Electronic Commerce and International Private Law. A Study of Electronic Consumer Contracts*, Ashgate, Aldershot, 2008.
- HILL, Jonathan: *Cross-Border Consumer Contracts*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- HODGES, Christopher: *The Reform of Class and Representative Actions in European Legal Systems. A New Framework for Collective Redress in Europe*, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- HONDIUS, Ewoud - HEUTGER, Viola - JELOSCHEK, Christoph (eds.): *Principles of European Law. Volume Five: Sales Contract*, Oxford University Press, Oxford, 2008.
- KHALIQ, Urfan: *Ethical Dimensions of the Foreign Policy of the European Union. A Legal Appraisal*, Series: Cambridge Studies in European Law and Policy, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- PETERSEN, Hanne - KJÆR, Anne Lise - KRUNK, Helle - MADSEN, Mikael Rask: *Paradoxes of European Legal Integration*, Ashgate, Aldershot, 2008.
- SCHIEK, Dagmar - CHEGE, Victoria (eds.): *European Union Non-Discrimination Law. Comparative Perspectives on Multidimensional Equality Law*, Routledge-Cavendish, London, New York, 2008.
- SIEBERSON, Stephen C: *Dividing Lines between the European Union and its Member States. The Impact of the Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- WOUTERS, Jan - NOLLKAEMPER, André - DE WET, Erika (eds.): *The Europeanisation of International Law. The Status of International Law in the EU and its Member States*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

II. DERECHO COMPARADO

- EIDENMÜLLER, Horst - SCHÖN, Wolfgang, *The Law and Economics of Creditor Protection. A Transatlantic Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- EROGLU, Muzzaffer: *Multinational Enterprises and Tort Liabilities. An Inter-Disciplinary and Comparative Examination*, Elgar, Cheltenham, 2008.
- GRIGGS, Lynden - WEBB, Eileen - FREILICH, Aviva: *Consumer Protection Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

* Supernumerary Teaching Fellow in Law, St. John's College, Oxford.

- HINTEREGGER, Monika (ed): *Environmental Liability and Ecological Damage In European Law*. Series: The Common Core of European Private Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- JONES, John Avery - HARRIS, Peter - OLIVER, David (eds.): *Comparative Perspectives on Revenue Law. Essays in Honour of John Tiley*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- MCCORMACK, Gerard: *Corporate Rescue Law – An Anglo-American Perspective*, Elgar, Cheltenham, 2008.
- PALMER, Vernon Valentine - BUSSANI, Mauro: *Pure Economic Loss. New Horizons in Comparative Law*, Routledge-Cavendish, London, New York, 2008.
- RICKETT, Charles E.F. (ed): *Justifying Private Law Remedies*, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- SAIDOV, Djakhongir - CUNNINGTON, Ralp (eds.): *Contract Damages. Domestic and International Perspectives*, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- STAUCH, Marc: *The Law of Medical Negligence in England and Germany. A Comparative Analysis*, Hart Publishing, Oxford, 2008.
- TROCHEV, Alexei: *Judging Russia. The Role of the Constitutional Court in Russian Politics 1990–2006*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
- TUCKER, Judith E.: *Women, Family, and Gender in Islamic Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

ITALIA

Bibliografía

MIRKO FACCIOLO, BARBARA PASA, MAURO TESCARO, STEFANO TROIANO

- I. DERECHO PRIVADO EUROPEO (Mirko Faccioli*, Mauro Tescaro**, Stefano Troiano***)
- AA. VV., *Contratto e impresa/Europa* 1 (2008). En este número se dan cita numerosos artículos de enorme interés para la evolución del Derecho privado europeo, en temas como por ejemplo el valor del precedente en la interpretación del Derecho interno, las cláusulas generales en el Derecho privado europeo, o la armonización del contrato de seguros en Europa.
- CUFFARO, V. (a cura di): *Codice del consumo*, 2.^a ed., Milano, Giuffrè, 2008. Es la nueva edición actualizada, dos años después de la primera, tanto en el ámbito legislativo –vgr. la incorporación en el *Codice del consumo* de las normas de transposición de la Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales desleales–, como también jurisprudencial y doctrinal. Se trata de una recopilación que además incluye otras leyes especiales en materia de protección de los consumidores.
- DE CRISTOFARO, G.: «La nuova disciplina comunitaria del credito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l’armonizzazione «completa» delle dispo-

* Ricercatore di Diritto privato (Università di Verona).

** Ricercatore di Diritto privato (Università di Verona).

*** Professore straordinario di Diritto privato (Università di Verona).

- sizioni nazionali concernenti «taluni aspetti» del «contratti di credito ai consumatori» II (2008) *Rivista di diritto civile*, 255 ss.
- FRANZONI, M. (a cura di): *Codice ipertestuale del consumo. Commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, Torino, Utet, 2008.
- GATT, L. – POLLICE, P. (a cura di): *Processi di armonizzazione nel diritto privato europeo. Riflessioni e colloqui su talune recenti tendenze nel sistema tedesco*, Napoli, Jovene, 2008. Recopilación de las conferencias de juristas italianos y alemanes, a propósito de unas jornadas de estudio sobre la evolución del Derecho contractual alemán, a partir de la *Schul-drechtsmodernisierungsgesetz* del año 2002 y otras normas de Derecho alemán y, en particular, sobre el Derecho de sociedades.
- GIORGETTI, A. - VALLEFUOCO, V.: *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel mondo*, Milano, Giuffrè, 2008. Se trata de una obra dedicada al análisis de la acción colectiva resarcitoria, teniendo en cuenta los antecedentes históricos, la reciente regulación en el artículo 140-bis del *Codice del consumo* (vid. *infra*, en la sección de legislación), y la perspectiva de Derecho comparado con otros ordenamientos jurídicos dentro y fuera de Europa. Prima en el libro un enfoque práctico de los problemas. Otros trabajos sobre la misma materia son: CAPONI, R.: «*Litisconsorzio “aggregato”. L’azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori*» (2008) *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 819 ss.; RICCIO, A.: «*L’azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una class action*» (2008) *Contratto e impresa*, 500 ss.; VIGORITI, V.: «*Class action e azione collettiva risarcitoria. La legittimazione ad agire ed altro*» (2008) *Contratto e impresa*, 717 ss.
- GUCCIONE, V.: «*Attuazione della direttiva 2002/47/CE, in materia di garanzia finanziaria* (d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170). Commentario» (2008) *Le nuove leggi civili commentate* 799 ss.
- LUMINOSO, A.: «*Armonizzazione del diritto europeo e disarmonie del diritto interno: il caso dei contratti di alienazione e dei contratti d’opera*» (2008) *Europa e Diritto privato*, 469 ss.
- PATTI, S.: «*Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni*» (2008) *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 735 ss. y VETTORI, G.: «*Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*» (2008) *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 751 ss. Ambos artículos analizan el delicado problema –común a otros ordenamientos jurídicos– de la coordinación sistemática entre la disciplina general del contrato, según el Código civil, y la que en muchos ordenamientos jurídicos se ha ido introduciendo en forma de leyes especiales o códigos sectoriales, que son consecuencia de la transposición de las directivas comunitarias.

II. DERECHO COMPARADO

BARBARA PASA*

1. Derecho público comparado

AA. VV.: *Diritto pubblico comparato ed europeo*, Giappichelli, Torino, 2008, 1058 pp. ISBN 978-88-348-9938-0.

* *Ricercatrice di Diritto Privato Comparato y Prof. Aggregato de Sistemi giuridici comparati* (Università di Torino).

- BERTI, Giorgio - DE MARTIN, Gian Candido - GAMBALE, Piero - WITKOWSKI, Zbigniew (a cura di): *Riforme costituzionali e itinerari della democrazia in Europa: Italia e Polonia a confronto. Atti del I Colloquio italo-polacco sulle trasformazioni istituzionali*, Università LUISS. Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche «Vittorio Bachelet», Collana di Quaderni, núm. 6, Cedam, Padova, 2007. 344 pp., ISBN 978-88-13-28085-7.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond: *La legge espressione della volontà generale*, a cura di CALAMO SPECCHIA, Marina, Serie Civiltà del Diritto, Giuffrè, Milano, 2008, 320 pp., ISBN 8814136033.
- CARRINO, Agostino (a cura di): *Stato di diritto e democrazia nella Costituzione del Liechtenstein*, Giappichelli Torino, 2008, 204 pp., ISBN 978-88-348-8324-2.
- CASONATO, Carlo (a cura di): *Life, Technology and Law. Second Forum for Transnational and Comparative Legal Dialogue, Levico Terme - Italy, June 9-10, 2006. Proceedings*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Trento, núm. 70, Cedam, Padova, 2007, 286 pp., ISBN 978-88-13-28079-6.
- CAVINO, Massimo: *L'irresponsabilità del Capo dello Stato nelle esperienze italiana (1948-2008) e francese (1958-2008)*, Serie Università del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro» Memorie della Facoltà di Giurisprudenza (II Serie), Giuffrè, Milano, 2008, 308 pp., ISBN 88141423453.
- CLINI, Alberto: *L'autonomia locale nell'ordinamento federale. Il caso del Brasile*, Saggi e strumenti per la ricerca e la didattica del Diritto pubblico dell'Istituto di Diritto pubblico della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Urbino, núm. 7, Cedam, Padova, 2008, 218 pp., ISBN 978-88-13-28138-0.
- DI SALVATORE, Enzo: *L'identità costituzionale dell'Unione europea e degli Stati membri - Il decentramento politico-istituzionale nel processo di integrazione*, Giappichelli Torino, 2008, 176 pp., ISBN 978-88-348-8477-5.
- MARTINELLI, Claudio: *Le immunità costituzionali nell'ordinamento italiano e nel diritto comparato*, Collana: Univ. Milano Bicocca-Fac. giurisprudenza, Giuffrè, Milano, 2008, 242 pp., ISBN 8814140944.
- PAROLARI, Sara: *Il regionalismo inglese: the dark side of devolution*, Accademia Europea - Bolzano. Ius publicum europaeum. Collana diretta da Sergio Ortino, núm. 5, Cedam, Padova, 2008, 232 pp., ISBN 978-88-13-28080-2.
- PEPE, Vincenzo: *Diritto comparato dell'energia. Esperienze europee*, Collana Jean Monnet, ESI, Napoli, 2008, 264 pp., ISBN 8849516150.
- RINELLA, Angelo - BARBERA, Chiara: *Le assemblee legislative territoriali negli ordinamenti federali. Materiali per un'indagine comparativa (Austria, Belgio, Germania, Svizzera)*, Cedam, Padova, 2008, 296 pp., ISBN 978-88-13-28403-9.
- ROLLA, Giancarlo (cur.), *L'apporto della Corte suprema alla determinazione dei caratteri dell'ordinamento costituzionale canadese*, Serie Temi di Diritto Costituzionale Comparato a cura di Giancarlo Rolla, Giuffrè, 2008, 548 pp., ISBN 8814142688.
- SAPORITO, Livia: *Per un diritto europeo dell'immigrazione*, Giappichelli, Torino, 2008, 284 pp., ISBN 978-88-348-8604-5.
- VILLAMENA, Stefano: *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Università degli Studi di Macerata Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza Serie II, Giuffrè, Milano, 2008, 184 pp., ISBN 8814142661.
- ZEI, Astrid: *Tecnica e diritto tra pubblico e privato*, Serie Pubblicazioni del Dipartimento di Teoria Dello Stato dell'Università degli Studi di Roma

«La Sapienza» - Biblioteca di Storia Costituzionale e Diritto Costituzionale Comparato, Giuffrè, Milano, 2008, 434 pp., ISBN 8814136173.

2. Derecho privado comparado

- ACETO DI CAPRIGLIA, Salvatore: *Nuove frontiere della successione necessaria*, Giappichelli, Torino, 2008, 292 pp., ISBN 978-88-348-8605-2.
- ALUFFI BECK PECCOZ, Roberta (a cura di): *Persone famiglia diritti - Riforme legislative nell'Africa Mediterranea con appendice legislativa - Atti del Convegno 26 maggio 2006 - Torino*, Giappichelli, Torino, 2008, 268 pp., ISBN 978-88-348-8344-0.
- ANDÓ, Biagio: *Il problema della responsabilità delle autorità di vigilanza sui mercati finanziari. Profili comparativi*, Serie Università di Catania (Pubblicazioni della Facoltà di Scienze Politiche), Giuffrè, Milano, 2008, 208 pp., ISBN 8814136521.
- APICELLA, Domenico: *Farmaci e brevetti - Studio di diritto comparato*, Giappichelli, Torino, 2008, 236 pp., ISBN 978-88-348-8627-4.
- BENATTI, Francesca: *Correggere e punire dalla law of torts all'inadempimento del contratto*, Serie Univ. Studi di Milano - Facoltà di Giurisprudenza-Studi di Diritto Privato, Giuffrè, Milano, 2008, 352 pp., ISBN 8814140219.
- CASERTANO, Letizia: *Proprietà e ambiente. La soluzione italiana a confronto con le nuove esigenze di tutela*, Serie Quaderni della Rivista Giuridica dell'Ambiente, Giuffrè, Milano, 2008, 178 pp., ISBN 8814141444.
- DIURNI, Amalia: *Percorsi mondiali di diritto privato e comparato*, Giuffrè, Milano, 2008, 332 pp., ISBN 8814141371.
- FALLETTI, Elena: *E-Justice. Esperienze di diritto comparato*, Serie Diritto dell'Informatica, Collana diretta da Guido Alpa, Giuffrè, Milano, 2008, 226 pp., ISBN 8814141754.
- FERRARI, Giuseppe Franco: *La legge sulla privacy dieci anni dopo*, Serie Diritto dell'Economia diretta da Piergaetano Marchetti, Edizioni EGEA, Milano, 2008, 256 pp., ISBN 8823841796.
- FERRI, Giovanni Battista - SPADA, Paolo (cur.): *L'avant-projet Catala* (Progetto di riforma del diritto delle obbligazioni e della prescrizione - artt. 1101/1386 e 2234/2281 del Code civil - redatto da una Commissione di civilisti francesi diretta da Pierre Catala), con presentazione di Guido Alpa, Serie Rassegna Forense - Quaderni, Giuffrè, Milano, 2008, 384 pp., ISBN 8814136122.
- FORMICHELLA Laura - TOTI Enrico (a cura di): *Leggi tradotte della Repubblica Popolare Cinese - IV. Legge sulle società*, Giappichelli, Torino, 2008, ISBN 978-88-348-8476-8.
- GARDELLA TEDESCHI, Bianca: *L'interferenza del terzo nei rapporti contrattuali. Un'indagine comparistica*, Serie Univ. del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro» Memorie della Facoltà di Giurisprudenza (II Serie), Giuffrè, Milano, 2008, 394 pp., ISBN 8814141428.
- GAREGNANI, Giovanni Maria: *Etica d'impresa e responsabilità da reato. Dall'esperienza statunitense ai «modelli organizzativi di gestione e controllo»*, Giuffrè, Milano, 2008, 233 pp., ISBN 8814141258.
- GIORGETTI, Alessandro - VALLEFUOCO, Valerio: *Il contenzioso di massa in Italia, in Europa e nel Mondo. Profili di comparazione in tema di Azioni di Classe ed Azioni di Gruppo*, Giuffrè, Milano, 2008, 438 pp., ISBN 8814139032.

- LUPOI, Maurizio: *Istituzioni del diritto dei trust e degli affidamenti fiduciari*, Cedam, Padova, 2008, 388 pp., ISBN 978-88-13-28129-8.
- MONATERI, Pier Giuseppe: *Contratto e trasferimento della proprietà. I sistemi romanisti*, Giuffrè, Milano, 2008, 244 pp., ISBN 881413751X.
- MOSTACCI, Edmondo: *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Cedam, Padova, 2008, 254 pp., ISBN 978-88-13-28652-1.
- PAGALLO, Ugo: *La tutela della privacy negli Stati Uniti d'America e in Europa. Modelli giuridici a confronto*, Giuffrè, Milano, 2008, 258 pp., ISBN 8814142696.
- PODDIGHE, Elena: *I «mass torts» nel sistema della responsabilità civile*, Serie Rivista «Responsabilità Civile e Previdenza», Giuffrè, Milano, 2008, 258 pp., ISBN 8814140790.
- SCIANCALEPORE, Giovanni: *Situazioni giuridiche disponibili e rinunzia - Le esperienze italiana, francese e spagnola*, Giappichelli, Torino, 2008, 330 pp., ISBN 978-88-348-8571-0.
- STEFANINI, Elisa: *Dati genetici e diritti fondamentali. Profili di diritto comparato ed europeo*, Cedam, Padova, 2008, 244 pp., ISBN 978-88-13-28653-8.
- VAGNI, Laura: *La promessa in Scozia. Per un percorso di diritto contrattuale europeo*. Serie Università degli Studi di Macerata - Dipartimento di Diritto Privato e del Lavoro Italiano e Comparato, Giuffrè, Milano, 2008, 300 pp., ISBN 8814136661.
- VETTORI, Giuseppe (a cura di), *Atti di destinazione e trust (art. 2645 ter del codice civile)*. Collana Persona e mercato. Quaderni di orientamento sul nuovo diritto dei privati a cura di Giuseppe Vettori, núm. 10, Cedam, Padova, 2008, 458 pp., ISBN 978-88-13-28623-1.
- VETTORI, Giuseppe (a cura di), *Remedies in contract. The Common Rules for a European Law*. Collana Persona e mercato. Quaderni di orientamento sul nuovo diritto dei privati a cura di Giuseppe Vettori, Monografie, núm. 3, Cedam, Padova, 2008, 310 pp., ISBN 978-88-13-28131-1.

3. Lengua y Derecho

- CHITI-BATELLI, Andrea: *Glottofagia ed Etnolisi. Per la salvaguardia dell'«identità» linguistica e culturale dell'Europa*, Cedam, Padova, 2008, 130 pp., ISBN 978-88-13-28093-2.
- GARZONE, Giuliana - SANTULLI, Francesca (eds.): *Il linguaggio giuridico. Prospettive interdisciplinari*, Giuffrè, Milano, 2008, 304 pp., ISBN 8814138923.
- Pozzo, Barbara - TIMOTEO, Marina, *Europa e linguaggi giuridici*, Serie Le Lingue del Diritto, Collana a cura di Barbara Pozzo, Giuffrè, Milano, 2008, 432 pp., ISBN 8814141231.

Legislación

El artículo 36 del Decreto legislativo de 25 de junio de 2008, núm. 112 (cuya rúbrica es «*Disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria*»), tal y como ha resultado modificado por la ley de conversión de 6 de agosto de 2008, núm. 133, ha pospuesto hasta el 1 de enero de 2009 la entrada en vigor de los apartados 445-449 de la Ley de presupuestos para el año 2008 (Ley de 24 de diciembre de 2007, núm. 244), que incluían en el *Codice del consumo* el nuevo artículo 140-bis sobre las «*Azione collettiva risarcitoria*» (v. *supra*, en la sección de Bibliografía y, además, las crónicas anteriores).

Sección temática: Espacio Judicial Europeo,
Derecho Procesal, Derecho de Contratos, Derechos Reales,
Derecho de Familia, Derecho de Autor, Derecho de Daños y
Derecho de Trusts en la Unión Europea

I. ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

BEATRIZ AÑOVEROS TERRADAS*

Reglamento (CE) N.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (*DOCE* L177/6, de 4 de julio de 2008).

El 4 de julio de 2008 se publicó, por fin, en el *DOCE* el Reglamento Roma I, casi tres años después de que fuera adoptada la Propuesta de Reglamento (ver sobre la Propuesta lo dicho en esta misma crónica julio-septiembre de 2006). Como se dijo en aquel momento, el Reglamento Roma I sustituye al Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, único instrumento que, tras la comunitarización, revestía la forma de tratado internacional. El reglamento se aplicará a partir del 17 de diciembre de 2009, excepto el artículo 26 (referido a la lista de convenios que los Estados miembros deben notificar a la Comisión), que se aplicará a partir del 17 de junio de 2009. Esto significa que el RRI se aplicará a los contratos celebrados después del 17 de diciembre de 2009 (art. 28). Irlanda ha notificado su deseo de participar en la adopción y aplicación del RRI. Por el contrario, Reino Unido y Dinamarca han quedado fuera del mismo. En la presente crónica intentaré resaltar lo más característico del RRI y las modificaciones realizadas respecto de la Propuesta ya comentada.

Es importante destacar la necesaria coherencia del RRI con el Reglamento 44/2001 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I) y el Reglamento (CE) n.º 864/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II).

El Reglamento se aplica a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes (art. 1). Quedan fuera del RRI todas las materias enumeradas en su artículo 1.2. Lo más destacable del ámbito de aplicación material es que han quedado fuera las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato (incluidas en el RRII) y las obligaciones que se deriven de relaciones familiares y «de relaciones que la legislación aplicable a las mismas considere que tienen efectos comparables». La novedad no se refiere a la exclu-

* Profesora de Derecho Internacional Privado. Facultad de Derecho de ESADE-Ramon Llull.

sión de las relaciones familiares sino la extensión de la exclusión a las relaciones familiares con efectos comparables según la legislación aplicable a las mismas. También cabe resaltar que se introduce de nuevo la excepción relativa a los *contratos celebrado por un intermediario* (desaparece, por tanto, la norma específica, introducida por la Propuesta, en dicha materia).

El carácter *erga omnes* del RRI se desprende de su artículo 2 según el cual «*la ley designada por el presente Reglamentos e aplicará aunque no sea la de un Estado miembro*».

La *autonomía de la voluntad* continúa teniendo un papel preponderante en la determinación del derecho aplicable a un contrato. El texto definitivo ha suprimido dos de las novedades que introducía la reforma. En efecto, el RRI ha eliminado del artículo 3 toda referencia a las cláusulas de elección de foro como elemento determinante de una presunción *iuris tantum* a favor de la ley del Estado de los Tribunales designados en la cláusula. Sí ha introducido un considerando (núm. 12) según el cuál una cláusula a favor de los tribunales de un Estado miembro será un factor más a la hora de determinar si la elección de la ley se desprende claramente de los términos del contrato. Del mismo modo, se ha suprimido, la criticada referencia a la posible elección por las partes de un derecho no estatal, ie «principios y normas y normas de Derecho material de los contratos, reconocidos a escala internacional o comunitaria». En realidad la Propuesta añadía un segundo párrafo que sin duda restaba importancia a la aparente novedad dado que «*las cuestiones relativas a las materias que éstos no resuelvan expresamente se resolverán de acuerdo con los principios generales en que se inspiran, o, en su ausencia, de acuerdo con la ley aplicable a falta de elección*», es decir, lo reducía a un mera incorporación por referencia con ulterior determinación por parte del juez de la *lex contractus*. El texto definitivo se limita a introducir un considerando (núm. 13) en este sentido. Lo que sí supone una novedad importante es el párrafo 4 del artículo 3 (presente ya en la Propuesta) cuyo objeto es la salvaguarda del Derecho imperativo comunitario. En efecto, según esta disposición «*cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las Disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo*». Disposiciones similares pueden encontrarse en varias Directivas comunitarias de protección del consumidor aunque en el RRI se restringe la limitación de la autonomía de la voluntad (elección de la ley de un Estado no miembro) a los contratos intracomunitarios (ie. cuando los demás elementos del contrato se encuentran localizados en uno o varios Estados miembros). Las disposiciones imperativas a las que se refiere no son leyes de policía (ver art. 9) sino disposiciones que las partes no puedan derogar por contrato.

Respecto de la *conexión objetiva* (determinación del derecho aplicable al contrato a falta de elección realizada por las partes) vale sustancialmente lo que dije al comentar la Propuesta y que paso a resumir. El RRI abandona el recurso a una conexión abierta y flexible como la de los «vínculos más estrechos» para introducir conexiones rígidas y específicas para determinados tipos contractuales. A continuación, se establece una cláusula más general para los supuestos no contemplados en las normas específicas, que reproduce la presunción general que prevé el Convenio de Roma, i.e. se aplica la ley del país en que la parte que debe proporcionar la prestación característica tenga

su residencia habitual. Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país se aplicará la ley de ese otro país. Finalmente se prevé una cláusula de cierre según la cuál cuando la ley aplicable no pueda determinarse con arreglo a lo dicho anteriormente, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. En cuanto a las soluciones adoptadas para las diferentes categorías, la mayoría es, como dije en su momento, el resultado de la aplicación de la presunción general prevista en el CR, i.e. se mantiene la aplicación de la ley de la residencia habitual de la parte que proporciona la prestación característica. Por ejemplo, el contrato de compraventa de mercancías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual; el contrato de prestación de servicios se regirá por la ley del país donde el prestador del servicio tenga su residencia habitual, etc. Dos de las categorías contempladas llevan a una solución diferente: en el caso de los contratos de franquicia y de distribución la ley aplicable será la ley de la residencia habitual del franquiciado y del distribuidor respectivamente. El motivo de dichas soluciones se explica porque el Derecho comunitario material protege al franquiciado y al distribuidor por considerarlos parte débil de la relación.

El texto definitivo del RRI añade dos tipos contractuales respecto de la Propuesta y regula específicamente el contrato de transporte de mercancías y de pasajeros (art. 5 RRI). El contrato de venta de bienes mediante subasta prevista en la letra *g*) y que se regula por la ley del país donde tenga lugar la subasta siempre que dicho lugar pueda determinarse. Por su parte la letra *h*) establece *«el contrato celebrado en un sistema multilateral que reúna o permita reunir, según normas no discrecionales y regidas por una única ley, los diversos intereses de compra y de venta sobre instrumentos financieros de múltiples terceros, tal como estipula el artículo 4, apartado 1, punto 17, de la Directiva 2004/39/CE, se regirá por dicha ley»*.

Por lo que se refiere al contrato de transporte de mercancías, el RRI establece que se regirá, en defecto de elección, por la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de recepción o el lugar de entrega, o la residencia habitual del remitente, también estén situados en ese país. En caso de no coincidir en ese país, el contrato quedará regulado por la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes. El segundo apartado introduce una novedad importante al regular los contratos de transporte de pasajeros. Para este tipo contractual se prevé una limitación de la autonomía conflictual y conexión objetiva específica. En efecto, las partes sólo podrán elegir como ley aplicable una de las enumeradas en el artículo 5.2.2, y que son: ley del lugar donde el pasajero tenga su residencia habitual, o ley del lugar donde el transportista tenga su residencia habitual, o el transportista tenga el lugar de su administración central o ley del lugar donde se encuentre el lugar de origen o el lugar de destino. En defecto de elección por las partes, el contrato se regirá por la ley del país donde el pasajero tenga su residencia habitual, siempre y cuando el lugar de origen o el lugar de destino también estén situados en ese país. Si no se cumplen estos requisitos, se aplicará la ley del país donde el transportista tenga su residencia habitual. Finalmente, se introduce una cláusula de escape a favor de la ley que presente los vínculos más estrechos. Téngase en cuenta que los contratos de transporte o viaje combinado quedan regulados por la norma de conflicto protectora prevista en el artículo 6 RRI.

En cuanto a las *normas de protección*, el RRI introduce importantes modificaciones respecto de la Propuesta. En materia de *contratos celebrados*

por consumidores, el texto definitivo cambia radicalmente la norma que en su día introdujo la Propuesta y que había sido objeto de fuertes críticas por parte de la doctrina. Dos aspectos son relevantes. Por un lado, se ha eliminado la exigencia de que el consumidor resida en un Estado miembro. Por tanto, la norma protectora se aplica a todo consumidor (siempre que entre dentro de la definición dada por el mismo RRI) resida o no en Comunidad. Por otro lado, el RRI no elimina por completo la autonomía de voluntad en los contratos de consumo sino que simplemente limita la posibilidad que tiene las partes de elegir el derecho aplicable y lo hace en términos parecidos a los que en su día preveía el Convenio de Roma. Por lo demás, se mantienen las modificaciones de la Propuesta: definición del cocontratante del consumidor, criterio de «actividad dirigida» que ya figuraba en el RBI? para tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia y ampliación del ámbito de aplicación material (no obstante, permanecen algunas excepciones especialmente previstas en el precepto).

Debido a las características especiales de los *contratos de seguro* [tener en cuenta los contratos de seguro de vida que según la letra j) del art. 1.2 RRI quedan excluidos del RRI] el artículo 6 no se aplica a los mismos, sino la disposición específica prevista en el artículo 7 RRI, cuyo objeto es garantizar un nivel adecuado de protección a los titulares de las pólizas. El artículo 7.1 RRI regula la ley aplicable al contrato de seguro que cubra un gran riesgo, estableciendo que se regirá por la ley elegida por las partes y en su defecto la ley del país en que el asegurador tenga su residencia habitual, salvo que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país. Cuando un contrato de seguro que no cubre un gran riesgo cubra varios riesgos de los que uno como mínimo está situado en un Estado miembro y uno como mínimo está situado en un tercer país, las disposiciones especiales del especiales del RRI relativos al contrato de seguro sólo deben aplicarse al riesgo o riesgos en el Estado miembro de que se trate.

Respecto de los *contratos de trabajo*, el texto definitivo ha eliminado la referencia a las situaciones de «desplazamiento temporal». Por lo demás, simplemente recordar que se añade la expresión «país a partir del cual» en el apartado segundo letra del artículo 8 RRI quedando redactado de la siguiente forma: «En la medida en que la ley aplicable al contrato individual de trabajo no haya sido elegida por las partes, el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país». Como dije en su día, con ello se ha querido tener en cuenta la jurisprudencia del TJCE en el marco del artículo 18 el RBI y su amplia concepción del lugar habitual de trabajo. Esta pequeña modificación permitirá, por ejemplo, aplicar la norma al personal que trabaja a bordo de aviones, siempre que exista una base fija a partir de la cual se organiza el trabajo y donde este personal ejerce otras obligaciones.

El artículo 9 RRI define una ley de policía como «una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguarda de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento». Esta definición supuso una novedad que se inspiró en la jurisprudencia Arblade del TJCE (STJCE de 23 de noviembre de 1999, asuntos C-369/96 y C-374/96). El RRI prevé la aplicación de las leyes de

policía de la *lex fori*. Si pertenecen a un tercer Estado sólo podrán aplicarse en la medida en que sean las leyes de policía del país en que las obligaciones del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas, siempre que dichas leyes hagan la ejecución del contrato ilegal.

Se ha modificado el artículo de la Propuesta relativo a la *ley aplicable a la forma*, quedando más restringido el elenco de conexiones alternativas. El RRI unifica la norma de conflicto e materia de cesión de créditos y subrogación convencional por ejercer una función económica similar. El apartado tercero del artículo 14 añade que «*el concepto de cesión en el presente artículo incluye las transferencias de derechos a título de garantía, así como las prendas u otros derechos de garantía sobre los derechos*». Por su parte el artículo 15 prevé una norma en materia de subrogación legal, el artículo 16 una norma en caso de responsabilidad múltiple y el artículo 17 una norma relativa a la compensación legal.

Una novedad importante, que ya figuraba en la reforma, es la definición que da el RRI de residencia habitual de una sociedad, asociación o persona jurídica (será el lugar de su administración central) y de una persona física que esté ejerciendo su actividad profesional (será el lugar de su establecimiento principal).

También se vuelve a la solución prevista en el Convenio de Roma respecto de la aplicación del reglamento en los estados plurilegislativos. El artículo 22 RRI no obliga (a diferencia de la Propuesta) a resolver los conflictos interregionales en materia contractual de acuerdo con lo previsto en el Reglamento. Se simplifica notablemente la norma que regula las relaciones del RRI con otros instrumentos comunitarios, estableciéndose que, a excepción de lo previsto para los contratos de seguros, el RRI se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario que, en materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales.

II. DERECHO PROCESAL DE LA UNIÓN EUROPEA

JORDI NIEVA FENOLL*

Escasas novedades se han producido en el lapso temporal que cubre en esta ocasión la presente crónica. Solamente una modificación del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia (*DOCE* de 8 de julio de 2008, L 179/12), otras modificaciones del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia (*DOCE* de 29 de julio de 2008, L 200/18 y L 200/20), y por último un Libro Verde sobre «la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores» (6 de marzo de 2008, COM(2008) 128 final).

Modificación del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Primera Instancia (*DOCE* 8 de julio de 2008, L 179/12).

Las reformas tienen razones de ser diversas. En primer lugar, se modifica el artículo 24.7 a fin de que el Parlamento, como órgano legislativo, tenga la

* Profesor titular de Derecho procesal. Universidad de Barcelona

misma posibilidad que el Consejo y la Comisión de intervenir en un procedimiento de cuestión incidental de ilegalidad, cuando por la vía del artículo 241 del Tratado se alega la inaplicabilidad de uno de sus actos normativos llevados a cabo junto con el Consejo. No tenía sentido que, en estos casos, no se diera traslado de los escritos dispositivos de las partes al Parlamento igual que al resto de Instituciones citadas y, por ello, se ha realizado esta reforma.

El segundo grupo de reformas tienen por finalidad dar mayor eficacia o rapidez al procedimiento. En los casos en que la *«dificultad de las cuestiones de derecho o la importancia del asunto o las circunstancias particulares lo justifiquen»*, el artículo 14 RPTPI permite atribuir el asunto al Pleno, a la Gran Sala, o a una Sala de composición distinta. Pues bien, la reforma del artículo 51.1, última frase, suprime el trámite de audiencia a las partes antes de tomar dicha decisión, resolviéndose esa cuestión directamente por el pleno, previa audiencia únicamente del abogado general.

Por otra parte, se amplían las posibilidades establecidas en el artículo 77 RPTPI de suspensión del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, puesto que ahora la podrá decretar el Tribunal de oficio *«si así lo exige la recta administración de justicia»*, lo que equivale a otorgarle poderes casi discrecionales en esta materia.

Por añadidura, en los procesos de propiedad intelectual se favorece la no celebración de la vista, con la introducción de un nuevo artículo 135 bis. El Tribunal, con el informe del ponente y audiencia del abogado general y las partes, puede decidir resolver el asunto sin vista a menos que una de las partes se oponga fundadamente. Tal y como ha quedado redactado el artículo, parece que bastaría esa oposición fundada para forzar la vista. No obstante, no creo que sea esta la interpretación que se imponga, sino que el Tribunal de Primera Instancia considerará libremente la celebración o no de vista previo examen de las razones alegadas.

Además, reformándose el artículo 100 RPTPI, se amplían las posibilidades de escritos procesales a través de fax o del correo electrónico u otros medios telemáticos, posibilidad vedada hasta el momento a las sentencias y autos del Tribunal de Primera Instancia. A partir de ahora, en coherencia con la evolución de los tiempos, se amplía la citada posibilidad a dichos escritos, incluso en los supuestos de notificación a Estados Miembros e Instituciones que no fueron parte (art. 55 ECE).

Modificaciones del Reglamento de procedimiento del Tribunal de Justicia (DOCE 29 de julio de 2008, L 200/18 y L 200/20).

Las reformas operadas se refieren exclusivamente al procedimiento de reexamen. En anteriores crónicas destacamos algunas de las lagunas de dicho procedimiento, dado que el régimen establecido en los artículos 62, 62 bis y ter ECE era claramente insuficiente. Ahora vienen a ser integradas sólo en parte con la introducción de un nuevo *«título cuarto bis»* en el RPTJ, con el rótulo *«Del reexamen de las resoluciones del Tribunal de Primera Instancia»* (arts. 123 bis a 123 sexies). Pero falta una normativa mucho más completa del procedimiento. No se debería regular un procedimiento tan relevante solamente a retazos, sino que habría que afrontar dicha regulación exactamente igual que en su día se llevó a cabo la del recurso de casación, por ejemplo, para eliminar todo género de dudas y lagunas que puedan surgir y que, ahora mismo, indudablemente subsisten.

Aun sin descender en los detalles más burocráticos de dicho procedimiento (que son los que ocupan en buena medida la reforma), las novedades más relevantes son que se prevé la constitución de una Sala especial formada por el presidente del Tribunal de Justicia, y cuatro presidentes de Salas de cinco jueces, para decidir si procede analizar la solicitud de reexamen, lo cual evitará que tenga que ser el Pleno en todo caso quien lo decida (art. 123 *ter*). La decisión se adoptará previo informe del ponente, siendo comunicada, igual que la resolución definitiva del Tribunal de Primera Instancia, a todos los sujetos interesados en el procedimiento ante dicho Tribunal, incluido el órgano jurisdiccional nacional en el caso de que el reexamen sobrevenga a consecuencia de una sentencia dictada por el Tribunal de Primera Instancia en un procedimiento de cuestión prejudicial (art. 123 *quinquies* y *sexies*, y no «quinto» y «sexto» como ha indicado indebidamente la traducción, si se quiere respetar la serie *bis*, *ter*, *quater*, etc, cuestión puramente formal, que no afecta al fondo de las disposiciones en absoluto, y que señalo con el máximo respeto).

Como decía, se dan muy pocos detalles del procedimiento, pero se concreta que el plazo de las partes para presentar alegaciones será de un mes. Por otra parte, no será el primer abogado general el que asumirá la dirección procesal del procedimiento de reexamen, pese a ser el legitimado para proponerlo (art. 62 ECE), sino que el mismo encomendará dicha dirección a otro abogado general.

Por lo demás, a través del artículo 123 *sexies* sabemos ahora que en el reexamen intervendrá un ponente que podrá proponer medidas preparatorias, así como la convocatoria de una vista, con lo que queda abierta, desde ahora, esta última posibilidad que quizás no era esperable en un procedimiento que debe ser «de urgencia», según el artículo 62 *bis* ECE. Por último, se hace una lógica referencia a la imposición de costas, que deberá ser decidida por el Tribunal de Justicia, en el caso de reexámenes que no provengan de cuestiones prejudiciales.

Libro Verde sobre «la eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: transparencia de los activos patrimoniales de los deudores» (6 de marzo de 2008, COM(2008) 128 final).

Este documento pretende avanzar en el difícil camino de, si se me permite la expresión, libre circulación de procesos en la Unión Europea. Para que los procesos transnacionales sean una auténtica y frecuente realidad en la Unión, no existe otro remedio que mejorar, en primer lugar, los mecanismos de ejecución de las sentencias, de cara a que la localización y selección de los bienes embargables sea sencilla, y no venga cubierta por el muro de la internacionalidad y las dificultades de todo tipo para localizar dichos activos. Son ya varias las iniciativas de todo tipo en la Unión Europea enfocadas a esta finalidad, de entre las que merecería la pena destacar el Reglamento (CE) núm. 805/2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, y otro libro verde, el que lleva por título «sobre una mayor eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: embargo de activos bancarios» (COM(2006) 0618), objeto de una Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2007 (*DOCE* 16 de octubre de 2008, C 263 E/655).

Sea como fuere, estos libros verdes no son más que tomas de contacto para reunir ideas en torno a la consecución de un mismo fin: la mejora de la eficacia de los procesos de ejecución transnacionales. Pero sobre todo sirven

para identificar problemas, que es la manera de que surjan las mejores soluciones. En concreto, en este libro verde se constata la dificultad para localizar los datos personales de los ejecutados, las diferentes normativas de ejecución, los distintos sistemas nacionales de localización de bienes, la opacidad patrimonial aún vigente en muchos Estados Miembros, en buena medida como consecuencia de las posibles vulneraciones del derecho a la intimidad derivadas de la exigencia de que estos datos sean aportados por las Administraciones Fiscales y de Seguridad Social, o bien la falta en muchos países de la medida ejecutiva consistente en que el ejecutado declare sobre sus datos patrimoniales, manifestación de bienes inútil muchísimas veces en España, ante la práctica imposibilidad de corregir la resistencia del ejecutado. En el mismo documento se formulan una serie de preguntas al hilo de estos problemas, y se tratan de apuntar algunas vías de mejora para favorecer, entre otros aspectos, el mutuo conocimiento de las diferentes normativas de ejecución.

III. DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN LA UNIÓN EUROPEA

ESTHER ARROYO I AMAYUELAS*

1. Marco Común de Referencia

Consejo Europeo de Bruselas, 18 y 19 de junio de 2008 [Bruselas, 17 de julio de 2008 (23.07) (OR. en) 11018/1/08 REV 1 CO_CL 2]

La conclusión número 21 es escueta y se refiere a la necesidad de continuar con los trabajos relativos a la elaboración del MCR.

Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo [P6_TA-PROV(2008)0397] B6-0374/2008

El Parlamento, que de nuevo vuelve a reclamar su necesaria implicación en el proceso de aprobación del MCR, constata que el Proyecto académico de Marco Común de Referencia (MCR) ya fue presentado a la Comisión a finales de 2007 y recuerda que está sometido a un proceso de evaluación por parte, por un lado, de la red de expertos y, por el otro, de la Comisión, con el fin de determinar qué partes del proyecto de MCR se van a integrar en un próximo documento (por ejemplo, un Libro Blanco). El Parlamento entiende que se está ante un proceso eminentemente político y pide a la Comisión que presente un plan detallado y transparente sobre la forma en que se organizará y coordinará el proceso de selección que conducirá a la elaboración de este último documento y la previsible coordinación entre todas las direcciones generales implicadas. Además, pide a la Comisión que vele por que el proyecto de MCR esté disponible en el mayor número posible de lenguas y se muestra partidario de que sea la Dirección General de Justicia, Libertad y

* Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Barcelona. El trabajo forma parte del Proyecto 2005 SGR 00759.

Seguridad, la encargada de su redacción, con plena participación de todas las demás direcciones generales competentes. La razón es que el MCR va mucho más allá del Derecho contractual en materia de consumo. Señala, además, que el documento de la Comisión constituirá la base de la decisión de las instituciones europeas y de todas las partes interesadas sobre la finalidad futura del MCR, su contenido y su efecto jurídico, que puede variar desde un instrumento legislativo no vinculante hasta ser la base de un instrumento opcional en el Derecho contractual europeo. Cree también que deben adoptarse medidas para garantizar su actualización regular a fin de reflejar en él los cambios y la evolución nacional en el Derecho contractual. El Parlamento vuelve a insistir en la necesidad de que se tenga en cuenta que el MCR debe ser un instrumento para legislar mejor y constituir un conjunto de orientaciones no vinculantes que deben utilizarse a escala comunitaria. De ahí que considere que su contenido deba ser lo más amplio posible y, por tanto, que en la fase actual, no tienen por qué excluirse materias. Insiste en que debe haber consultas públicas, lo más amplias posibles, para garantizar una aportación equilibrada de todas las partes interesadas. Pero, a la vez, considera factible ir mucho más allá de un instrumento legislativo y cree que podría convertirse en un instrumento opcional. En este caso sí que considera lógico que se limite a aquellos ámbitos en los que el legislador comunitario haya actuado o vaya a actuar probablemente en un futuro próximo, o que están estrechamente relacionados con el Derecho contractual.

Propone también que, de utilizarse como instrumento legislativo no vinculante, las partes pertinentes del MCR se adjunten a cualquier propuesta legislativa o comunicación futura elaborada por la Comisión que afecte al Derecho contractual, con objeto de garantizar que el legislador comunitario lo tiene en cuenta.

Propuesta de Directiva del Consejo y el Parlamento europeo, sobre los derechos de los consumidores, presentada por la Comisión [Bruselas, 8 de octubre de 2008, COM (2008) 614 final, 2008/0196 (COD)].

Es la primera propuesta sobre la Directiva horizontal, cuya redacción ha ido precedida de las consultas formuladas en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea. Persigue dotar al derecho contractual comunitario de un marco de protección común elevado en beneficio de los consumidores. La directiva es de máximos (art. 4) y con ella se trata de evitar la fragmentación legislativa actual, porque ello incrementa los costes de transacción, reduce la confianza de los consumidores en la contratación más allá de las fronteras geográficas de su lugar de residencia, y, por ende, retrasa el objetivo de conseguir una libre circulación de mercancías y servicios en el mercado interior. Con todo, la propuesta sólo incluye la revisión de cuatro directivas (contratos fuera de establecimientos comerciales, cláusulas abusivas y garantías en las ventas de consumo). Se regulan los aspectos comunes de manera sistemática, se simplifican y actualizan las normas (destaca la nueva regulación del derecho de desistimiento y el contenido de los deberes de información) y se eliminan lagunas e inconsistencias en la regulación actual. La propuesta consta de 50 artículos y 4 anexos: uno, sobre el formulario estandarizado que se debe entregar al consumidor para ejercer el derecho de desistimiento; otro, con la lista de cláusulas que en todo caso son abusivas; el tercero, con la lista de las cláusulas que podrían considerarse abusivas; el cuarto contiene las concordancias entre la antigua numeración de

las directivas implicadas y la que resulta de los nuevos preceptos de la directiva horizontal.

IV. DERECHOS REALES EN LA UNIÓN EUROPEA

SERGIO NASARRE AZNAR*

En plena vorágine de la crisis hipotecaria, financiera e inmobiliaria (comenzada en septiembre de 2007), cobra especial relevancia cómo se está estructurando y cómo puede afectar todo ello al proceso de armonización de los derechos reales en Europa. Por una parte, los trabajos del *Common frame of reference* (enero 2008) excluyen expresamente de la propuesta de regulación que realizan todo lo relacionado con los derechos reales sobre bienes inmuebles (Libro I, art. I:101). Por otra, la última resolución del Parlamento Europeo va en este mismo sentido (Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, sobre un Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo; B6-0374/2008). En consecuencia, analizaremos otras iniciativas europeas más relacionadas con la cuestión que nos ocupa, así como los trabajos doctrinales.

Comenzando por los trabajos que desarrollan las subcomisiones que desarrollan el Libro Blanco sobre la armonización del crédito hipotecario en Europa (http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/home_loans/integration_en.htm#study), debemos remarcar simplemente que se encuentra en fase de estudio de costes y beneficios de las diferentes opciones políticas en relación al crédito hipotecario.

En relación con España, desde el 11 de marzo de 2008 se conoce la existencia del Proyecto de Decreto que desarrollará la Ley 41/2007 (que habíamos comentado en alguna crónica y que pretendía la flexibilización de la hipoteca española, siguiendo las directrices de la Eurohipoteca y de la tendencia en otros países europeos) y aunque la audiencia pública finalizó en abril y en agosto se hizo una nota de prensa anunciándolo, aún no se sabe nada.

Donde sí que hay una novedad es en un Borrador español de Anteproyecto de Ley sobre las SOCIMI (Versión 9 de octubre de 2008 de la Dirección General de Tributos) que introducirán en España, después de mucha insistencia de los operadores y de la doctrina, algo que ya lleva existiendo varias decenas de años en otros países tanto europeos como del resto del mundo: los *real-estate investment trusts* (REITs). Los REITs en derecho comparado pretenden, mediante estructuras societarias o de trust, la promoción de los inmuebles, incluyendo el dominio, la hipoteca, los alquileres, las promociones especializadas, etc., con fuertes incentivos fiscales. Las SOCIMI españolas parecen aparecer sólo como promoción del alquiler (primer error) y con estructura sólo societaria (segundo error). Parece que vamos a estar ante una segunda versión de los infructuosos Fondos de Inversión Inmobiliaria de la Ley 35/2003, si las siguientes fases del Proyecto no lo remedian.

Por lo que se refiere a los trabajos doctrinales, sigue avanzando el estudio liderado por el profesor Van Erp, del *Casebook* sobre *Property Law* en el seno de la colección «*Ius commune casebooks for the common law of Europe*», de la cual es General Editor Walter van Gerven (<http://www.casebooks.eu/property/>).

* * Profesor Agregado de Derecho Civil, Universitat Rovira i Virgili.

Por su parte, diversos son los grupos que continúan trabajando sobre derechos reales en el Proyecto *Common Core* de la Universidad de Trento (http://www.common-core.org/property_quest.html): el Grupo sobre propiedad de la información, Grupo sobre derechos reales de garantía sobre inmuebles, Derecho patrimonial de familia, Derechos reales limitados sobre inmuebles y Transmisión de la propiedad inmueble.

Respecto a los trabajos llevados a cabo por la *Runder Tisch* auspiciada por la *Verband Deutscher Pfandbriefbanken* sobre *Flexibilität, Sicherheit und Effizienz der Grundpfandrechte in Europa*, ha finalizado, tras su reunión en septiembre, sus trabajos principales sobre los sistemas hipotecarios y registrales en la Europa Central y del Este. Tras la publicación de los diversos dictámenes hasta este momento en dos volúmenes, la última publicación, que se realizará en inglés y que se espera para finales de 2008-principios de 2009, constará esencialmente de más de 100 mapas con un estudio comparativo de los elementos esenciales de la eficiencia de la hipoteca en 22 países: naturaleza jurídica, requisitos de publicidad, accesoriedad, protección del hipotecante, ejecución, insolvencia y cuestiones prácticas. Será una herramienta realmente útil, especialmente interpretada junto a los informes, para poder comprender en profundidad los sistemas hipotecarios de esos países, encaminándolo esencialmente hacia maximizar la utilidad de la hipoteca y con la intención de crear un mercado hipotecario común.

El *Working Team on Credit Securities* en el *Max-Planck-Institut für Ausländisches u. Internationales Privatrecht* (<http://www.mpipriv.de/ww/en/pub/research.cfm>), bajo la dirección del profesor Ulrich Drobniq, que desde el año 2000 es integrante del SGECC, trata principalmente las garantías personales, aunque también específicamente los derechos reales de garantías sobre bienes muebles. Publicados en 2007 los *Principles of European Law on Personal Security* (PEL Pers. Sec.), Sellier Publishers, Munich, 2007, 567 pp., trabajan en la actualidad en las garantías reales sobre bienes muebles, excluyendo de su estudio las garantías sobre bienes inmuebles.

Por último, destacar en algunos breves:

a) La celebración del Congreso Internacional 2008 de la *European Network for Housing Research* (6 a 9 de julio de 2008) (www.enhr2008.com), donde se trataron, como habitualmente, muchísimos aspectos en relación a la vivienda, pero este año especialmente centrados en la crisis inmobiliaria y las malas praxis del pasado, con una importante presencia de componentes jurídicos, especialmente en sus *workshops* sobre *Housing Finance and Regulation* y el de *Legal Aspects of Housing, Land and Planning*. Los trabajos de este último serán publicados en Estados Unidos.

b) Durante mayo y junio de 2008 se celebró, en Barcelona en la sede del Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles, el «Curso de Crédito Hipotecario», organizado por la Universidad Rovira i Virgili y su Fundación (www.fundacio.urv.es), donde se analizó, en clave española, europea e internacional, la actual situación del mercado hipotecario y donde intervinieron sus más relevantes protagonistas del mundo de la banca, las finanzas, el derecho, las intermediarias, los analistas y las aseguradoras. Está prevista su segunda edición para el año 2009.

V. DERECHO DE FAMILIA EN LA UNIÓN EUROPEA

CRISTINA GONZÁLEZ BEILFUSS*

Las dos cuestiones más relevantes ocurridas en el periodo al que se refiere esta crónica son las dificultades surgidas en las negociaciones del Reglamento Roma III sobre la ley aplicable al divorcio y la sentencia dictada por el TJCE en relación al asunto Grunkin-Paul, cuya importancia trasciende el concreto ámbito del Derecho de familia, el Derecho del nombre, al que se refiere.

1. Legislación: ¿Cooperación reforzada en materia de Divorcio internacional?

El intento de unificar las normas de conflicto en materia de divorcio está resultando más complejo de lo que la Comisión había previsto. La Propuesta presentada en 2006 [COM (2006), 399 final, 2006/0135 (CNS)] ha dado lugar a un enfrentamiento que gira entorno a la ley aplicable en defecto de elección de ley por las partes. La Propuesta contenía una norma de conflicto clásica con puntos de conexión subsidiarios, designando, en primer lugar, la ley, el Estado de la residencia habitual común; en su defecto, la ley del Estado de la última residencia habitual común si uno de los cónyuges sigue residiendo allí; en su defecto, la ley de la nacionalidad común, y, finalmente, como cláusula de cierre la ley del tribunal competente o *lex fori*. El contenido del Derecho designado e incluso el hecho de que el Derecho designado fuera el de un Estado tercero no tenía papel alguno en la elección de ley aplicable.

El texto propuesto no fue del agrado de algunos Estados miembros, que como los Países Bajos, Irlanda y el Reino Unido, Suecia y Finlandia, aplican, en materia de divorcio, la ley del foro. Las principales objeciones las formuló Suecia. Para este Estado miembro el derecho al divorcio es un derecho fundamental de la persona. Entienden que dicho derecho se ve afectado por una propuesta *a) que permite que resulte aplicable un Derecho material extranjero que restrinja la libertad de los esposos de poner fin a su matrimonio, b) que al designar como derecho aplicable un Derecho extranjero incremente los costes del ejercicio del derecho fundamental.*

No se ha logrado, por consiguiente, la unanimidad necesaria para adoptar el Reglamento. Frente a esta situación de bloqueo un grupo de nueve Estados miembros, Austria, Eslovenia, España, Francia, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Rumanía, ha solicitado la utilización del mecanismo de la cooperación reforzada introducido en el Derecho comunitario por el Tratado de Amsterdam. Este mecanismo permitiría que el futuro Reglamento fuera adoptado y, por consiguiente, resultara aplicable entre un grupo de Estados miembros, quedando el resto al margen. No ha sido hasta la fecha utilizado en ninguna ocasión, razón por la cual suscita reticencias, especialmente en el Consejo, que teme, que, de prosperar la iniciativa, se extienda a otros ámbitos, contribuyendo al proceso de fragmentación del Derecho comunitario.

La situación creada resulta, por tanto, de interés para la evolución del Derecho comunitario en general. Desde el punto de vista del Derecho de familia europeo se ponen de manifiesto las limitaciones de la aproximación

* Catedrática de Derecho Internacional Privado (Universidad de Barcelona).

actual del Derecho comunitario a los temas de Derecho de familia. La unificación del DIPr no puede prosperar si no existe un consenso mínimo en torno a los valores de tipo material que se quieren promover. Las normas de conflicto no son ni pueden ser neutras. Por tanto el DIPr tiene importantes limitaciones si no va acompañado de la armonización del Derecho material.

2. **Jurisprudencia: STJCE de 14 de octubre de 2008, C-353/06, *Grunkin-Paul***

La esperada sentencia en el asunto Grunkin-Paul ha visto finalmente la luz. Esta es la segunda decisión que dicta el Tribunal de Justicia sobre un asunto en apariencia intrascendente que puede, sin embargo, tener consecuencias revolucionarias para el DIPr y el Derecho de familia europeos. Si con anterioridad, en la decisión de 27 de abril de 2006 (C-96/04, Rec., p. I-3561), el TJCE pudo escabullirse y declararse incompetente, arguyendo que el órgano requirente no ejercía una función jurisdiccional, en esta ocasión el Tribunal tuvo que finalmente entrar en el fondo.

Recordemos los hechos. Un niño de nacionalidad alemana, hijo de padres también alemanes, nace en Dinamarca, donde es inscrito con el nombre de Leonard Mathias Grunkin-Paul, que se le otorga de acuerdo con lo dispuesto en el Derecho danés, que es el ordenamiento jurídico que rige, de acuerdo con el DIPr danés, que sujeta nombre y apellidos a la ley del domicilio. Los servicios del Registro civil alemán denegaron, sin embargo, el reconocimiento del apellido del niño habida cuenta que el artículo 10 EGBGB dispone que el nombre de las personas físicas ha de determinarse conforme a la ley de su nacionalidad y el Derecho alemán no permite que un niño lleve un apellido compuesto por los apellidos de su padre y su madre, si éstos no han optado, a su vez, por un apellido compuesto como nombre de familia. Los padres del Leonard Mathias no habían, en efecto, utilizado nunca un apellido común.

Se solicitó a los padres que determinaran de común acuerdo el apellido del niño conforme al artículo 1617.1 BGB, a lo que se negaron. El Registro civil de Niebüll solicitó, por consiguiente, al Tribunal de primera instancia de la ciudad de Niebüll, que confiriera el derecho a determinar el apellido a uno de los progenitores en aplicación de los artículos 1617.2 y 3 BGB. Es en este momento cuando el Tribunal de Primera Instancia planteó el primer recurso prejudicial, resuelto el 27 de abril de 2006. El TJCE se declaró incompetente por entender que el Tribunal de primera instancia no estaba resolviendo ninguna controversia. En esa fase del procedimiento el Tribunal debía en efecto actuar como una autoridad administrativa designando al progenitor que debía elegir el apellido del niño.

El señor Grunkin y la señora Paul no cejaron, sin embargo, en su empeño de obtener un pronunciamiento del TJCE que obligara a las autoridades alemanas a reconocer el apellido que le había sido dado a su hijo en Dinamarca. Tres días después de haber recaído la primera sentencia del TJCE volvieron a solicitar al Registro civil de Niebüll que inscribiera a Leonard Mathias con el apellido de Grunkin-Paul. La solicitud fue denegada porque el Derecho alemán en materia de apellido no lo permitía. El 6 de mayo se presenta demanda frente al Tribunal de Primera Instancia de Flensburg solicitando que se ordene al Registro civil reconocer el apellido tal y como fue determinado en Dinamarca. Es en este punto cuando el Tribunal alemán decide volver a plantear un recurso prejudicial. La concreta cuestión prejudicial que se presenta es la siguiente: «Dada la prohibición de discriminación contenida en el

artículo 12 CE y habida cuenta del derecho a libre circulación que confiere el artículo 18 CE a todos los ciudadanos de la Unión, ¿es compatible con dichas disposiciones la regla alemana en materia de conflicto de leyes prevista por el artículo 10 de la EGBGB, en la medida en que vincula las normas que regulan el apellido de una persona exclusivamente a la nacionalidad?

El Tribunal de Justicia empieza reformulando la pregunta para plantearla en términos de reconocimiento. En esencia, entiende el Tribunal, lo que se pregunta es si los artículos 12 y 18 CE se oponen a que las autoridades competentes del Estado miembro de la nacionalidad de un niño denieguen el reconocimiento del apellido de ese niño, tal y como ha sido determinado e inscrito en el Estado miembro en el que el niño nació y reside.

El Tribunal de Justicia concluye resolviendo que el artículo 18 CE se opone «en circunstancias como las del litigio principal», a que las autoridades de un Estado miembro, aplicando el Derecho nacional, denieguen el reconocimiento del apellido tal y como ha sido determinado en otro Estado miembro. Inicia su razonamiento afirmando que la cuestión entra dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario, ya que, si bien las normas que rigen el apellido de una persona son competencia de los Estados miembros, éstos deben respetar el Derecho comunitario al ejercitarse dicha competencia, salvo si se trata de situaciones internas. El vínculo con el Derecho comunitario existe en el caso de niños que son nacionales de un Estado miembro y residen en otro Estado miembro.

Constatada la inclusión de la cuestión planteada en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario, el Tribunal analiza si existe discriminación por razón de nacionalidad u obstáculo al ejercicio de la libertad de circulación. A este respecto el Tribunal señala que toda vez que el niño y sus padres son alemanes y la norma de conflicto alemana remite al Derecho alemán, no existe discriminación por razón de nacionalidad. Se aprecia, en cambio, vulneración del derecho de libre circulación a partir de un razonamiento de estricto Derecho comunitario. Una normativa nacional que resulta desfavorable para determinados nacionales por el mero hecho de haber ejercitado su libertad de circular y residir en otro Estado miembro es una restricción a la libertad reconocida en el artículo 18 CE. La disparidad de apellidos puede, en efecto, causar graves inconvenientes a los interesados tal y como el Tribunal ya había establecido con carácter previo en el asunto García Avelló (sentencia de 2 de octubre de 2003, C-148/02, Rec., p. I.11613).

El obstáculo a la libre circulación resultante sólo puede justificarse si se basa en consideraciones objetivas y es proporcional al objetivo perseguido. Ninguno de los motivos invocados por el Gobierno alemán, que había alegado que la conexión nacionalidad constituye un criterio objetivo y estable, que garantiza la unidad de apellidos entre los hermanos y que el apellido de todos los nacionales se determine de la misma manera, y presenta ventajas de facilidad administrativa, justifica según el TJCE la negativa a reconocer el apellido del niño Leonard Mathias. Si el objetivo de la conexión nacionalidad es que un apellido se determine de forma continuada y estable, lo cierto es que lleva, en circunstancias como las que se dan en el caso Grunkin, precisamente al resultado contrario. El objetivo de garantizar la unidad del apellido entre los hermanos no es relevante, pues ese problema no se plantea en el litigio principal. El Derecho alemán reconoce, por otra parte, excepciones dentro de su sistema de determinación de nombre y apellidos que demostrarían que no resulta imprescindible que el nombre de todos los nacionales alemanes se construya de la misma manera. Las consideraciones de facilidad administra-

tiva no bastarían tampoco para justificar un obstáculo a la libre circulación. Además el Tribunal constata que no se ha invocado ninguna causa específica de denegación del reconocimiento tal y como que el apellido otorgado en Dinamarca fuera contrario al orden público. Por consiguiente acaba resolviendo que la denegación del reconocimiento del apellido otorgado al niño en Dinamarca es un obstáculo a la libre circulación que no está justificado y, por tanto, resulta incompatible con el Derecho comunitario.

Es pronto todavía para un análisis de todas las implicaciones de esta sentencia. Se pueden, sin embargo, apuntar dos reflexiones. El Derecho comunitario puede obligar a un cambio metodológico del DIPr, sustituyendo en algunos casos la técnica conflictual por la técnica del reconocimiento. Las posibilidades de denegar la validez de situaciones jurídicas creadas en otro Estado miembro se verían enormemente restringida. Siendo esto así la necesidad de armonizar el Derecho material sería cada vez más evidente.

VI. DERECHO DE AUTOR EN LA UNIÓN EUROPEA

SUSANA NAVAS NAVARRO*

1. Jurisprudencia

STJCE de 5 de junio de 2008 – Comisión de las Comunidades Europeas versus República Federal de Alemania. Asunto C-395/07.

Directiva 2004/48/CE – Respeto a los derechos de propiedad intelectual, no adaptación del ordenamiento jurídico interno dentro del plazo establecido: «Declarar que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual, al no haber adoptado, dentro del plazo establecido, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a dicha Directiva. Condenar en costas a la República Federal de Alemania».

STJCE de 9 de octubre de 2008 en el asunto C-304/07 que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada con arreglo al artículo 234 CE por el BGH (Alemania) mediante resolución de 24 de mayo de 2007. Partes implicadas: Directmedia Publishing GMBH v. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. *Vid. infra*, sección Jurisprudencia del TJCE.

2. Legislación

Proyecto de Ley relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (BOCG, CD, IX Legislatura, Serie A: proyectos de ley, núm. 6-1, de 9 de julio de 2008). El objeto de este Proyecto de Ley es adaptar la regulación del derecho de participación a lo dispuesto en la Directiva 2001/84/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de

* Profesora Titular de Derecho Civil (Universitat Autònoma de Barcelona).

septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original.

El derecho de participación se define como la participación a que tiene derecho el autor (sus derechohabientes tras su muerte o declaración de fallecimiento, *ex art. 2.1*) en un porcentaje del precio de reventa de la obra y se aplica, con la modificación legislativa, a aquellas reventas en las que intervenga un profesional del mercado del arte como comprador, vendedor o intermediario (salas de venta, salas de subastas, galerías de arte, marchantes de obras de arte y cualquier persona física o jurídica que realice habitualmente actividades de intermediación en este mercado, *ex art. 3.1*). Se incorpora así la figura del profesional del mercado del arte que actúa a través de internet (art. 3.2). En este sentido, las reventas que quedan excluidas son aquellas que se realizan directamente entre particulares que actúen a título privado sin la participación de un profesional del mercado del arte. También se eximen de este derecho las reventas con carácter promocional, que son aquellas que tienen lugar en los supuestos en que la obra ha sido directamente adquirida del autor. Los profesionales del mercado del arte responderán solidariamente con el vendedor del pago del derecho de participación (art. 10).

El derecho de participación nace cuando el precio de la reventa sea igual o superior a 3.000 euros (art. 4). En contraste con el sistema todavía vigente de porcentaje único, el proyecto establece un sistema de porcentajes decreciente por tramos de precios completándose con la previsión de que el obligado no pagará en ningún caso más de 12.500 euros como consecuencia de la aplicación del derecho de participación (art. 5). Tal derecho de participación se hará efectivo obligatoriamente a través de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual (art. 7). Es un derecho inalienable, irrenunciable y transmisible *mortis causa*. Se extinguirá a los 70 años a contar desde el 1 de enero del año siguiente a aquel en que se produjo la muerte o la declaración de fallecimiento del autor (art. 6). El plazo de prescripción para hacer efectivo el derecho ante los profesionales del mercado del arte será de tres años a contar desde la notificación de la reventa (art. 12).

VII. EL DERECHO DE DAÑOS EN LA UNIÓN EUROPEA

BELÉN TRIGO GARCÍA*

I. Legislación

A. LEGISLACIÓN COMUNITARIA

Reglamento (CE) núm. 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) núm. 339/93 (*DO L* 218, 13 de agosto de 2008, pp. 30 ss.).

* Profesora contratada doctora de Derecho Civil (Universidad de Santiago de Compostela).

Este Reglamento, que entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, será aplicable a partir del 1 de enero de 2010 (art. 44). Debe considerarse complementario de la Decisión núm. 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos. Respecto de la Directiva 2001/95/CE, refuerza los mecanismos de vigilancia del mercado establecidos para los productos que planteen riesgos graves (cdo. 7). La norma establece normas sobre la organización y el funcionamiento de la acreditación de organismos de evaluación de la conformidad que llevan a cabo actividades de evaluación de la conformidad, ofrece un marco para la vigilancia del mercado de los productos y para los controles de los productos procedentes de terceros países; finalmente, establece los principios generales relativo al marcado CE (art. 1. *Objeto y ámbito de aplicación*).

B. LEGISLACIÓN COMUNITARIA EN PREPARACIÓN

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como del control de la obligación de asegurar esta responsabilidad (versión codificada) COM(2008) 98 final — 2008/0049 (COD) (*DO C* 224 de 30 de agosto de 2008, p. 39).

Comunicación de la Comisión sobre el alcance de la responsabilidad de las compañías aéreas y los aeropuertos en caso de destrucción, daños o pérdida de equipos de movilidad de pasajeros aéreos con movilidad reducida en el transporte aéreo [COM(2008)510 - Bruselas, 7 de agosto de 2008].

C. LEGISLACIÓN NACIONAL DE INCORPORACIÓN AL DERECHO INTERNO DE NORMAS COMUNITARIAS

Real Decreto 1245/2008, de 18 julio, por el que se modifica la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, aprobada por el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio (BOE núm. 184, de 31 de julio de 2008, pp. 32976-32978). El RD 1245/2008 transpone en el derecho interno la Directiva 2007/68/CE de la Comisión, de 27 de noviembre de 2007, que modifica el anexo III bis de la Directiva 2000/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, por lo que se refiere a determinados ingredientes alimentarios.

Real Decreto 1507/2008, de 12 septiembre, por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor (*BOE* núm. 222 de 13 de septiembre de 2008, pp. 37487-37494). La norma aprueba un nuevo Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor para adaptarlo a las modificaciones introducidas en la configuración de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos a motor y en

la del seguro que obligatoriamente la cubre por la Ley 21/2007, de 11 de julio. Ha de tenerse en cuenta que buena parte de las modificaciones introducidas son consecuencia de la transposición de la Directiva 2005/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005, por la que se modifican las Directivas 72/166/CEE, 84/5/CEE, 88/357/CEE y 90/232/CEE del Consejo y la Directiva 2000/26/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativas al seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos automóviles (Quinta Directiva del seguro de automóviles). Por tanto, el RD 1507/2008, que entrará en vigor al mes de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (disposición final segunda), deroga el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, por el que se aprueba el Reglamento sobre la responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, y el Real Decreto 299/2004, de 20 de febrero, por el que se modifica el Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por el Real Decreto 7/2001, de 12 de enero (disposición derogatoria única).

Real Decreto 1644/2008, de 10 de octubre, por el que se establecen las normas para la comercialización y puesta en servicio de las máquinas (*BOE* núm. 246, de 11 de octubre de 2008, pp. 40995-41030). La norma transpone en el derecho español la Directiva 2006/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a las máquinas y por la que se modifica la Directiva 95/16/CE (art. 1. *Objeto y ámbito de aplicación; y disposición adicional tercera. Incorporación del derecho comunitario europeo y referencias a directivas derogadas*). La fecha límite de incorporación era el 29 de junio de 2008; en todo caso, la propia directiva señalaba el 29 de diciembre de 2009 como la fecha a partir de la cual deben aplicarse efectivamente sus disposiciones. Así, este RD entrará en vigor el día 29 de diciembre de 2009, excepto el artículo 14, donde se regula el procedimiento de autorización y notificación de los organismos de control españoles para la aplicación de los procedimientos de certificación, que entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» (disposición final cuarta). Consecuencia de la entrada en vigor de este RD se derogan (disposición derogatoria única) el Real Decreto 1435/1992, de 27 de noviembre, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo 89/392/CEE, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros sobre máquinas; el Real Decreto 56/1995, de 20 de enero, por el que se modifica el Real Decreto 1435/1992, de 27 de noviembre, relativo a las disposiciones de aplicación de la Directiva del Consejo 89/392/CEE, sobre máquinas; y el Reglamento de aparatos elevadores para obras, aprobado por Orden de 23 de mayo de 1977. Por otra parte, se aprovecha para modificar el Real Decreto 1314/1997, de 1 de agosto, por el que se dictan las disposiciones de aplicación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/16/CE, sobre ascensores (disposición final primera).

Desde la perspectiva de la responsabilidad civil, el marcado CE se presenta como signo externo de conformidad de las máquinas [*vid. art. 2.1.a) Definiciones*] con los requisitos esenciales y es el único marcado que garantiza dicha conformidad. A propósito del certificado de examen CE de tipo, el organismo notificado tendrá la responsabilidad constante de garantizar que el certificado de examen CE de tipo siga siendo válido; por su parte, el fabrican-

te de la máquina de que se trate tendrá la responsabilidad constante de garantizar que dicha máquina se ajusta al estado de la técnica correspondiente (Anexo IX, apartado 9). A su vez, el organismo deberá suscribir un seguro de responsabilidad civil, a menos que dicha responsabilidad esté cubierta por el Estado en la forma que se determine, o que sea la propia Administración la que lleve a cabo los ensayos directamente (Anexo XI *Criterios mínimos que se deberán tener en cuenta para la notificación de organismos*, apartado 6).

II. Jurisprudencia

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Responsabilidad por la contaminación por hidrocarburos – Principio «quien contamina paga»— La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 24 de junio de 2008, en el asunto C-188/07, resolvió una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por la *Cour de cassation* (Francia), mediante resolución de 28 de marzo de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 3 de abril de 2007, en el procedimiento entre *Commune de Mesquer* y Total France SA, Total International Ltd. El tribunal concluye que, si el Fondo Internacional de Indemnización de Daños Debidos a Contaminación por Hidrocarburos no asume los costes relativos a la eliminación de los residuos generados por un vertido accidental de hidrocarburos en el mar o no puede asumirlos por haberse alcanzado el límite máximo de indemnización previsto para ese siniestro y si, con arreglo a las limitaciones y/o exenciones de responsabilidad establecidas, el Derecho nacional de un Estado miembro, incluido el derivado de convenios internacionales, impide que tales costes recaigan sobre el propietario del buque y/o el fletador de éste, aun cuando éstos deban calificarse de «poseedores» en el sentido del artículo 1, letra c), de la Directiva 75/442, en su versión modificada por la Decisión 96/350, tal Derecho nacional deberá permitir, para garantizar la correcta adaptación del ordenamiento jurídico interno al artículo 15 de dicha Directiva, que los costes recaigan sobre el productor del producto generador de los residuos así esparcidos. No obstante, de conformidad con el principio «quien contamina paga», sólo puede obligarse a tal productor a hacer frente a los referidos costes si, mediante su actividad, contribuyó al riesgo de que se produjera la contaminación ocasionada por el naufragio del buque.

Responsabilidad derivada de discriminación.—La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 17 de julio de 2008, en el asunto C-94/07, tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 234 CE, por el *Arbeitsgericht Bonn* (Alemania), en el procedimiento entre Andrea Raccanelli y el *Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften*. A la pregunta de qué consecuencias se derivan de una discriminación por razón de la nacionalidad, el tribunal responde que, en el supuesto de que el demandante en el procedimiento principal pueda alegar fundadamente un perjuicio ocasionado por la discriminación de que haya sido objeto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente dilucidar, a la vista de la legislación nacional aplicable en materia

de responsabilidad extracontractual, la índole de la reparación a la que pueda tener derecho.

Responsabilidad extracontractual de la Comunidad.—La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 9 de septiembre de 2008, en los asuntos acumulados C-120/06 P y C-121/06 P, señala que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de derecho al reconocer en las sentencias recurridas la existencia de un régimen de responsabilidad extracontractual de la Comunidad derivada del ejercicio lícito de las actividades de ésta comprendidas en la esfera normativa. En este sentido declara que, en el estado actual de evolución del Derecho comunitario, no existe un régimen de responsabilidad que permita exigir la responsabilidad de la Comunidad por un comportamiento comprendido en la esfera de su competencia normativa, en una situación en la que la eventual disconformidad de tal comportamiento con los acuerdos OMC no puede ser invocada ante el juez comunitario.

C. Tribunal Supremo

Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos –STS núm. 332/2008 (Sala de lo Civil, Sección 1.^a), 30 de abril de 2008.—En el supuesto, la compañía asegurada reclamaba a la empresa fabricante la cantidad abonada a la víctima por los daños causados en un comercio a consecuencia del incendio de un vehículo. El incendio del automóvil estuvo motivado por un defecto localizado en el motor. Respecto de la carga probatoria, la sentencia manifiesta que el artículo 5 de la Ley 22/1994 no debe ser interpretado aisladamente sino junto con el artículo 3. Así, la determinación de si el producto es o no defectuoso en atención a los parámetros establecidos en el propio artículo 3 no es estrictamente una cuestión de hecho sino una *quaestio iuris*; esta valoración jurídica del órgano judicial ha de partir del *factum* cuya prueba sí incumbe a la parte actora, dependiente el éxito de su pretensión únicamente de que demuestre que con motivo del uso de un producto fabricado por la entidad demandada se produjo un accidente inesperado, soportando tan sólo la carga de probar la realizad del accidente, la existencia del daño, y la del nexo causal entre éste y aquél y entre el accidente y el funcionamiento del producto.

VIII. DERECHO DE TRUSTS EN LA UNIÓN EUROPEA

SONIA MARTÍN SANTISTEBAN*

El TS ante un *trust* norteamericano dirigido a ordenar la sucesión: la STS de 30 de abril de 2008 [RJ 2008/2685].

Las resoluciones españolas que se pronuncian sobre la figura angloamericana del *trust* son escasas por no decir prácticamente inexistentes. La falta

* Profesora Contratada Doctor (Universidad de Cantabria).

de litigiosidad en esta materia se debe a que, por lo general, el *trustee* no actúa nunca directamente, como tal, cuando debe operar con bienes que se encuentran en España. Para evitar los problemas ligados al desconocimiento de la figura en nuestro país, la solución más frecuente cuando el *trustee* de un *trust* constituido en el extranjero quiere realizar inversiones inmobiliarias en España es crear una sociedad de responsabilidad limitada, a la que se transmiten los bienes del *trust*. De esta forma, la gestión de los bienes se encuentra controlada por el *trustee*, que actúa en calidad de representante legal de la sociedad y los bienes se inscriben a nombre de la sociedad, obteniendo el efecto de la separación de patrimonios y la consiguiente limitación de responsabilidad (pueden verse a título de ejemplo los supuestos resueltos por las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2, de 5 de julio de 2006 [RJ 2006/7205] y 11 de abril de 2007 [RJ 2007/4101].

No obstante, también se dan algunos casos en que el constituyente del *trust* o el *trustee* no han sido tan previsores. Por ejemplo, el abordado por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 30 de abril de 2008, en que un ciudadano de nacionalidad norteamericana fallece con bienes inmuebles situados en España y que forman parte de un *trust* constituido para organizar su sucesión.

Dos esposos de nacionalidad norteamericana (Arizona) habían constituido un *revocable living trust* (*trust inter vivos* revocable) al que habían transmitido sus pólizas de seguro de vida. Los constituyentes del *trust* se habían autodeclarado *trustees*, junto con sus dos hijos, y beneficiarios vitalicios de los réditos generados por la gestión de los bienes. Al morir el primero de ellos, los bienes del *trust* debían dividirse entre distintos tipos de *trusts* (como veremos luego, probablemente por motivos fiscales): *trust* del esposo sobreviviente, *trust* del difunto, *trusts* separados para cada hijo y *trusts* separados para la descendencia de los hijos fallecidos. De acuerdo con el *trust* del difunto, en el caso de que el causante tuviera cualquier interés en bienes raíces o inmuebles en España al tiempo de su fallecimiento, dicho interés había de atribuirse en su totalidad al *trust* del que era beneficiaria su hija.

La organización de la sucesión se complementaba con un testamento en virtud del cual el marido disponía de su propiedad separada y de la mitad que le correspondiera en los bienes comunes con su esposa, del siguiente modo: legaba a su esposa sus propiedades mobiliarias de mayor valor, junto a los bienes inmuebles utilizados por él como lugar de residencia. El resto y residuo de sus propiedades debía pasar al *trust* y ser administrado en beneficio de sus dos hijos.

Fallece el esposo y el hijo designado representante personal de la herencia declara ante el tribunal de Arizona que ha recaudado todos los activos, pagado las deudas e impuestos y que ha distribuido los bienes a la persona que tiene derecho a ello. La controversia surge cuando la viuda vende el único bien inmueble en España, un chalet perteneciente por mitad y pro indiviso a los esposos y que la familia utilizaba como lugar de veraneo, a un tercero de buena fe protegido por el artículo 34 LH.

La hija del causante presenta demanda contra su madre y la adquirente del inmueble, por entender que, de acuerdo con el contenido del *trust*, le corresponden derechos sucesorios sobre el chalet. Solicita, entre otros extremos, que se anule la adjudicación de herencia sobre el inmueble, efectuada en su día por el representante legal de la herencia a favor de su madre, que se

anule la consecuente compraventa realizada sin su consentimiento, así como la inscripción registral a favor de la adquirente.

En Primera Instancia, el Tribunal núm. 1 de San Lorenzo del Escorial (30 de julio de 1997) reconoce haberse acreditado por la parte actora, de acuerdo con el artículo 12 CC, el derecho americano invocado en materia sucesoria y afirma que aparecen en autos, con la pertinente traducción, la declaración de *trust* y el testamento. No obstante, a la hora de aplicar el derecho americano al amparo del artículo 9.8 CC, sólo toma en consideración el testamento y entiende que de acuerdo con el mismo, la adjudicación del chalet efectuada por el representante legal a favor de su madre fue ajustada a derecho. Recuérdese que, según el *trust* del difunto, los inmuebles situados en España debían ir a parar al *trust* de la hija. Luego estamos ante un problema de interpretación entre diversos negocios en los que se destinan bienes para después de la muerte, el testamento y las escrituras de constitución del *trust*.

Las sentencias dictadas en apelación, por la Sección 21.^a de la Audiencia Provincial de Madrid (23 de noviembre de 2000) y en casación, por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (30 de abril de 2008), llegan al mismo resultado aunque siguen distinto razonamiento. En una primera fase, se vuelve a confirmar la aplicación del derecho americano a la sucesión, por ser éste el de la nacionalidad del causante (art. 9.8 CC) y hallarnos ante un *trust* dirigido a ordenar la sucesión. Compartimos el criterio del tribunal aunque, a nuestro entender, el TS se equivoca al calificar el *trust* como constituido «*mortis causa*» ya que el instituto comenzó a desplegar efectos desde el momento en que se transmitieron bienes al mismo con su constitución, es decir en vida de los constituyentes. Otra cosa es que las cláusulas relativas a la distribución del capital sólo produjeran efectos *mortis causa*. De ahí, precisamente, que los *revocable living trust* sean instrumentos, *inter vivos*, dirigidos a ordenar la sucesión.

En una segunda fase, y a diferencia de la postura mantenida en primera instancia, el tribunal considera que la parte recurrente no ha probado suficientemente el Derecho extranjero y aplica por ello, subsidiariamente y conforme a la doctrina seguida por el propio Tribunal en estos casos (SS 27 de diciembre de 2006 y 4 de julio de 2007), el derecho español. En aplicación del derecho de este ordenamiento y por ser el *trust* institución desconocida en España, se rechaza la validez de este instituto y se vuelve a tomar en consideración, exclusivamente, el testamento. El TS afirma que «no siendo reconocida la figura jurídica del *trust* ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio (el juez) se ha de limitar a aplicar las disposiciones del causante contenidas en su testamento en cuanto resultan válidas y conformes con nuestro derecho, a partir de las cuales resulta correcta la adjudicación de la mitad indivisa del chalet a que se ha hecho referencia».

Luego, ante la ausencia en DIP español de norma de conflicto específica en materia de *trust*, el TS recurre a la teoría de la calificación por la función para determinar la norma de conflicto aplicable. Es decir, que busca cuál es la función desempeñada por el *trust*, conforme al ordenamiento en virtud del cual se ha instituido (el norteamericano), para en un segundo momento, buscar una institución del Derecho español que desarrolle una función similar. No obstante, a la hora de aplicar el derecho español (por no haber sido suficientemente probado el derecho de Arizona), el tribunal prefiere negar validez alguna al *trust* antes que trasponer el instituto a alguna de las figuras conocidas por el derecho español. Solución que resulta, a nuestro entender, a todas luces desproporcionada.

Por una parte, la no transposición del *trust* se puede justificar por la desnaturalización que se produciría de trasponer el *trust* a nuestro derecho, con carácter general, en busca de una institución que desarrolle una función equivalente (una donación, un mandato, un negocio fiduciario, una sustitución fideicomisaria o cualquier otra de las figuras de *civil law* que cumple alguna, pero no todas las funciones del *trust*), pero no por ser la institución angloamericana una figura incompatible con nuestras normas de derecho sucesorio. Tal y como han demostrado otros países del derecho europeo continental que conocen el *trust* (Italia), con las necesarias reducciones dirigidas a salvaguardar los derechos forzosos de los legitimarios, la figura es perfectamente compatible con las normas sucesorias de un país que no conoce la libertad de testar.

Por otra parte, y siempre que el bien siga en el patrimonio del causante en el momento del fallecimiento, estamos ante un simple problema de interpretación de las cláusulas del testamento, en el que se dispone de bienes de forma distinta a como ya se había dispuesto antes, al constituir el *trust*. La superposición de *trusts*, tal y como aparece descrita en los antecedentes de hecho, obedece por lo general a consideraciones de naturaleza tributaria. Una de las razones por las que los ciudadanos norteamericanos constituyen un *trust* es evitar el complejo y costoso procedimiento del *probate*; otra de ellas, disminuir (y no por ello eludir) la carga tributaria que conlleva la transmisión de bienes *mortis causa*. Generalmente, este último propósito se logra mediante la constitución de un *AB trust*, conocido también como *bypass*, *credit shelter* o *life estate trust*. Al fallecimiento del primer cónyuge, el *revocable living trust* se estructura en dos *trusts* diferentes, que reciben distinto tratamiento fiscal. La parte que corresponde al cónyuge supérstite en los bienes comunes sigue en el originario *family trust* o *revocable living trust* (que a partir de ese momento es comúnmente conocido como *A trust* o *trust* del cónyuge supérstite), en las mismas condiciones que establecieron los cónyuges, de común acuerdo, en el documento constitutivo inicial. El cónyuge supérstite sigue conservando, por lo tanto, la facultad de modificar o revocar dicho *trust*, además de ser por lo general el único destinatario de los réditos generados por los bienes del *trust*. En cambio, la parte que corresponde al cónyuge difunto en los bienes comunes se transmite al *trust B* o *trust* del cónyuge difunto, un *trust* irrevocable (de ahí el diferente tratamiento fiscal) donde el cónyuge supérstite es también *trustee* y beneficiario de los frutos hasta su muerte. Los hijos son normalmente los destinatarios finales de los bienes tras el fallecimiento del segundo progenitor, o en el momento acordado en el documento constitutivo, siendo lo habitual acordar que en ese momento los bienes se transmitan a otros *trusts* separados, constituidos a favor de los hijos.

Estamos por lo tanto, en este caso, ante un *trust* constituido *inter vivos* (por medio de la transmisión de las pólizas de seguros de vida), cuyos bienes se distribuyen, en el momento del fallecimiento del primer cónyuge, en dos tipos diferentes de *trusts*, el del cónyuge difunto y el del cónyuge supérstite. Los bienes de uno de estos *trusts* (el del cónyuge difunto) deben distribuirse, a su vez, a *trusts* separados constituidos en beneficio de los hijos del difunto y/o de la descendencia de los hijos fallecidos. El problema estriba aquí en determinar si el bien situado en España y objeto del litigio se transmitió al *trust* en vida del causante o no.

De verificarse la primera hipótesis, en el momento del fallecimiento del esposo el bien ya no le pertenecía a éste en calidad de pleno copropietario sino en calidad de *co-trustee*. Esto significa que su esposa –*trustee* supérstite–

deberá transmitir el inmueble situado en España al *trust* del que es beneficiaria su hija. En el caso de que la esposa también sea *trustee* de este último *trust*, habrá que ver si la enajenación del bien se hizo en cumplimiento de sus deberes como *trustee* o infringiendo los mismos.

En cambio, en el supuesto de que en el momento de fallecer el esposo el inmueble situado en España no se hubiera transmitido aún al *trust* sino que perteneciera al causante en calidad de pleno copropietario, la cláusula del *trust* del difunto habrá de interpretarse conjuntamente con la del testamento, conforme a lo previsto por el artículo 675CC. Estaríamos en este caso ante una disposición *mortis causa* que, de acuerdo con una interpretación integradora del testamento –que se remite al *trust* coadministrado por ambos esposos en «todo el resto y residuo de sus propiedades» y con ello también al *trust* del difunto–, deberá ser contemplada por el juez español como una disposición testamentaria más.

De acuerdo con el tenor literal de los términos del testamento, «todos los bienes inmuebles usados por el causante como lugar de residencia y que le pertenezcan al tiempo de su muerte» (lo que incluye sin duda los inmuebles situados en España) deben ser entregados a su esposa. Luego «el residuo de sus propiedades» que conforme al testamento debe ser añadido al principal del *revocable living trust* y, conforme a las previsiones del mismo, distribuido al *trust* del difunto y sucesivamente al *trust* de su hija, sólo puede referirse a los intereses en bienes inmuebles en España, no usados como lugar de residencia por el causante.

La función que cumple habitualmente este tipo de testamento, en derecho norteamericano, corrobora esta interpretación. Efectivamente, en Estados Unidos es habitual acompañar la constitución del *revocable living trust* de un «*pour over will*». El *pour over will* es un testamento que vierte (*pours*) los bienes existentes en el patrimonio personal del causante, al momento de su fallecimiento, al *trust*. De esta forma se evita el riesgo de que queden fuera del *trust* bienes no mencionados en el documento constitutivo, o bienes adquiridos con posterioridad a la creación del *trust* pero no adquiridos en condición de *trustee*. El *pour over will* tiene que ser objeto de *probate* pero sólo afecta a los bienes que no estén ya incluidos en el *trust* al momento de la muerte del causante.

Si en este caso la voluntad del causante fuera únicamente la de verter al *trust* los bienes omitidos, no habría añadido una disposición testamentaria especificando su voluntad de legar los bienes inmuebles, usados por él como residencia habitual, a su esposa. La previsión de dicha cláusula testamentaria excluye, a nuestro entender, del *trust* constituido en beneficio de la hija, todo bien inmueble utilizado como residencia habitual.

Si bien es cierto que el TS ha optado por la solución más radical de todas las posibles (la invalidez del *trust*), también lo es que estamos ante un instituto ajeno a nuestra tradición jurídica, cuyo entendimiento dista de ser sencillo, inclusive cuando el contenido, existencia, vigencia e interpretación del derecho extranjero es probado por la parte que lo invoca. La oportunidad de ratificar o no el Convenio de La Haya de 1 de julio de 1985, sobre la ley aplicable al *trust* y su reconocimiento, no debería supeditarse a la mayor o menor litigiosidad en materia de *trusts* sino a las distorsiones a que conlleva el desconocimiento de la figura (la ratificación del Convenio paliaría esta situación) y a la frecuencia con que figuras incluidas en su ámbito de aplicación (art. 2) entran en contacto, directa o indirectamente, con la realidad jurídica

española. O lo que es aún más grave, a la frecuencia con que evitan hacerlo por no correr el riesgo de su no reconocimiento en España.

Desde esta perspectiva, tal y como seguiremos viendo en esta sección, hace tiempo que nuestra incorporación al Convenio de La Haya ha pasado a ser una necesidad. El mayor coste y complejidad que conlleva constituir una sociedad, frente a un *trust*, y la inseguridad del tratamiento que pueda recibir la figura por parte de las autoridades españolas restan todo atractivo a nuestro país como lugar en que tener bienes pertenecientes a un *trust*.

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos (junio-octubre 2008)

HELENA TORROJA MATEU*

DAVID BONDÍA GARCÍA***

Asunto I Avgi Publishing and Press Agency S.A. & Karis c. Grecia (demanda núm. 15909/06), sentencia de 5 de junio de 2008, artículo 10 del CEDH (derecho a la libertad de expresión).

La primera demandante es propietaria del periódico de difusión nacional «I Avgi» y el segundo es periodista y redactor del mismo periódico. Este periódico manifiesta opiniones políticas de izquierdas y, en particular, refleja las posiciones del partido político de izquierdas «Alianza de la Izquierda Radical» (*Synaspismos tis Rizospastikis Aristeras*). El 13 de junio de 2000, publicó un artículo, no firmado, titulado «Fiebre ante la preparación de la primera manifestación», con el subtítulo «Los partidarios de la extrema derecha se preparan con una presencia dinámica».

El artículo hacía referencia a una manifestación organizada por los opositores a una decisión de la autoridad para la protección de datos de carácter personal, que debía celebrarse el 14 de junio del 2000 en Salónica. Esta decisión consideraba que la mención de determinados elementos, entre ellos el de la religión, en el documento de identidad constituyía una vulneración de datos de carácter personal contrario a la ley relativa a la protección del individuo frente al trato de datos de carácter personal. En esa época, la Iglesia Ortodoxa de Grecia se había opuesto de forma contundente a la decisión de la autoridad para la protección de datos de carácter personal. Asimismo, esta confrontación monopolizaba los debates políticos y el interés de los medios de comunicación griegos.

El artículo se refería, entre otros, a la participación en la manifestación del periodista y escritor K.V., quien también fue candidato en las elecciones legislativas del 2004 por el partido político LAOS (Partido de la Alerta Popular Ortodoxa), que protege y ensalza los ideales «griego-cristianos».

El 3 de julio de 2000, K.V. presentó ante la audiencia provincial de Salónica, contra los dos demandantes ante el TEDH, una reclamación solicitando una indemnización por daños e intereses por difamación. Dicha acción fue rechazada el 4 de octubre de 2001, siendo posteriormente apelada ante el tribunal superior. Finalmente, el tribunal de apelación condenó solidariamente a los dos demandantes al pago de 58 000 euros por daños morales a K.V. y a 3 480 euros en concepto de costas del proceso.

Ante el TEDH, los demandantes alegaron una violación de su derecho a la libertad de expresión al haber sido condenados civilmente a pagar de forma solidaria una indemnización por daños e intereses a K.V. En su análisis del asunto, el TEDH recordó que su función consiste en pronunciarse en último

* Profesora Lectora de Derecho Internacional Público (Universitat de Barcelona).

** Profesor Titular de Derecho Internacional Público (Universitat de Barcelona).

lugar sobre si una «restricción» a la libertad de expresión puede ser contraria o no al artículo 10 del CEDH. Por ello, considera que la ingerencia litigiosa debe ser analizada a la luz del conjunto del asunto para poder determinar si era «proporcionada a la finalidad legítima perseguida» y si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla eran «pertinentes y suficientes». El TEDH subraya la función preeminente de la prensa en una sociedad democrática, es decir, su función de «perro guardián». Debido a esta función de la prensa, la libertad periodística implica también el posible recurso a ciertas dosis de exageración o de provocación. Tratándose de la naturaleza de propósitos susceptibles de atentar contra la reputación de los individuos, el TEDH distingue tradicionalmente entre los hechos y los juicios de valor. Si la materialidad de los primeros puede probarse, los segundos no se prestan a una demostración de su exactitud. En el contexto de un procedimiento por difamación o injuria, el TEDH debe poner en balance un determinado número de factores suplementarios cuando aprecia la proporcionalidad de la medida incriminada.

En primer lugar, el TEDH recuerda que los límites de la crítica admisible hacia un político, actuando en calidad de tal, son más amplios que con respecto a un simple particular. Este principio no se aplica únicamente en el caso de un político sino que se extiende a toda persona que pueda ser calificado de personaje público, es decir, aquella que por sus actos o su posición entra en el ámbito de lo público. En segundo lugar, el TEDH considera que toda decisión que acuerde el pago de una indemnización por daños e intereses por difamación debe presentar una relación razonable de proporcionalidad con la afectación causada a la reputación. Es más, con la finalidad de apreciar la importancia de los daños e intereses o de las multas a las que el interesado ha sido condenado, el TEDH toma en cuenta su situación personal y también sus ingresos y medios que consten en el dossier del asunto.

En aplicación de estos principios al asunto analizado, en TEDH constata que, en lo que concierne a la relación de proporcionalidad de la cuantía otorgada al considerar que existía un atentado contra la reputación, las jurisdicciones competentes condenaron solidariamente a los demandantes a pagar 58.000 euros en concepto de daño moral; se trata de una cantidad sumamente desproporcionada con la finalidad perseguida por la medida restrictiva en causa. En virtud de esto, el TEDH considera que las autoridades nacionales no facilitaron motivos pertinentes y suficientes para poder justificar la condena civil de los demandantes a pagar en concepto de daños e intereses a K.V. y que ésta tampoco respondía a una «necesidad social imperiosa». Por tanto, el TEDH estima que existe una violación del artículo 10 del CEDH.

Asunto Vlasov c. Rusia (demanda núm. 78146/01), sentencia de 12 de junio de 2008, artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar).

El caso se basa en la demanda presentada por un nacional ruso, Mr. Vlasov, director de una empresa de elaboración y exportación de diamantes, contra la Federación Rusa, por violación de los artículos 3, 13, 5.3, 6. 1 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Mr. Vlasov fue acusado de haber hecho contrabando de diamantes, mediante la falsificación de contratos de exportación, penado por el Código Penal ruso. El demandante alegaba, en particular, que las condiciones en las que había sido detenido y transportado habían sido inhumanas y degradantes, que la duración de su detención y de los procedimientos criminales contra él había sido excesiva, que se le

habían impuesto restricciones injustificadas sobre las visitas familiares, correspondencia e intercambio de documentos, y que no había tenido recursos efectivos con respecto a estas quejas. La Corte condena a Rusia por la violación de todos los artículos alegados. Interesa aquí, sin embargo, centrarse en la argumentación relativa al artículo 8 y artículo 6.1 del CEDH.

Sobre la violación de este artículo por las *restricciones injustificadas de las visitas familiares*, la Sala argumenta que ha habido violación del mismo por los siguientes motivos. Tales restricciones para estar justificadas deben aplicarse «de acuerdo con la ley», perseguir uno o más fines legítimos y ser «necesarias en una sociedad democrática». Para la Sala la prohibición durante diecisiete meses de recibir visitas familiares consistía en una interferencia en el derecho del demandante con respecto a su vida familiar. Acto seguido examina si la limitación era acorde con la ley. En este punto la Sala reitera que esta expresión se refiere también a la «cualidad de la ley en cuestión». La ley debe ser suficientemente clara en su contenido para dar a los particulares una indicación adecuada sobre las circunstancias en las cuales y las condiciones en las que las autoridades públicas están autorizadas a adoptar tales medidas. Además, el derecho interno debe autorizar una medida de protección legal contra interferencias arbitrarias por las autoridades públicas (párr. 125). La ley debe indicar el ámbito de la discrecionalidad conferida a las autoridades competentes y la manera de su ejercicio con suficiente claridad, para dar al particular protección adecuada contra interferencias arbitrarias. Para la Sala, la ley rusa no indicaba con claridad razonable el ámbito y la manera de ejercicio de la discrecionalidad conferida a las autoridades públicas, por lo que el demandante no gozaba del mínimo nivel de protección al que los ciudadanos tienen derecho bajo un Estado de derecho en una sociedad democrática. Por lo que considera que la interferencia no puede ser considerada como «prescrita por la ley». No es necesario analizar si se dan las otras condiciones y considera que ha habido violación del art. 8 en lo que al régimen de visitas familiares respecta.

El Tribunal también considera la violación del artículo 8 por *restricciones sobre la correspondencia con su familia, intercambio de documentos con su abogado, y prohibición de recibir documentos y un libro de derecho*. Para la Sala éstas eran interferencias, y pasa a examinar si se dan las condiciones del párrafo 2 (acorde con la ley, fines legítimos y necesarias en una sociedad democrática). Analiza una a una cada interferencia: –la negación de enviar una queja a la Corte, no estaba prevista por la ley (párr. 133-134); –la negación de enviar cartas a su mujer y su madre, sí prevista por la ley y si perseguía un fin legítimo (la prevención del desorden o crimen y la protección de la moral), pero no se considera que fuera necesaria en una sociedad democrática, principalmente porque no se ha probado por el gobierno ruso, y además, como ya ha indicado la Corte en otros casos, este tipo de limitaciones de correspondencia no son necesarias en una sociedad democrática (párr. 138); –la prohibición de enviar documentos autorizando a su abogado a realizar determinadas acciones, no estaba establecida por la ley, y por tanto hay violación del art. 8; en este punto la Corte reitera que la correspondencia con los abogados está protegida por el art. 8 de forma privilegiada y su intercepción sólo se permite en casos excepcionales (párr. 142); –la limitación de recepción por el demandante de determinados documentos de aduana enviados por su abogado, es contraria al art. 8 por no estar prescrita por la ley (párr. 145); –tampoco la prohibición de recibir un libro de derecho estaba prevista por la ley (párr. 147). Por tanto, hubo violación del art. 8 del CEDH.

Además, hubo violación del art. 13 (derecho a un recurso efectivo) por no haber recursos efectivos para quejarse ni de las condiciones de su detención, ni de las restricciones de las visitas familiares y de su correspondencia.

En relación a la violación del art. 6.1 del CEDH, se afirma que hubo violación por una excesiva duración de los procedimientos contra el demandante, llegando en algún caso incluso a más de ocho años. En ningún caso se trató de un plazo razonable.

Por todo ello, la Sala condena al Estado por violación de artículos y le exige pagar una suma final de 35.000 € al demandante, además de las tasas que deban ser cargadas.

Asunto André y otro c. Francia (demanda núm. 18603/03), sentencia de 24 de julio de 2008, artículo 6.1 (derecho a un juicio justo), artículo 13 (derecho a un recurso efectivo) y artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar).

M. Marc André, ciudadano francés, junto con la Société civile professionnelle (SCP), demandan a Francia ante el TEDH por violación de los artículos 6.1, 8 y 13 del CEDH. André y la sociedad de abogados a la que pertenece (SCP) fueron encargados por la sociedad anónima *Clinique «Les Roches Claires»* (CRC) a fin de asistirla y representarla en una serie de operaciones de verificación de contabilidad. La administración fiscal, en aplicación del artículo L.16 B del libro de procedimientos fiscales (LPF), solicitó al Tribunal de Gran instancia de Marsella un derecho de visita y embargo de CRC, sospechosa de comportamientos fraudulentos, lo cual fue autorizado extendiéndose este derecho de visitas al domicilio profesional del Sr. André. Entre la documentación finalmente embargada se encontraban documentos personales del abogado. Los demandantes reclamaron ante la Corte de Casación por ilegalidad de las visitas, incluida la misma autorización judicial, así como del embargo; reclamación que fue rechazada.

Sobre la violación de los artículos 6 y 13, en relación a la ausencia de un control judicial efectivo, la Sala, recuerda que el artículo 6.1 es *lex specialis* en relación al artículo 13, por lo que basta examinar únicamente el artículo 6.1 y verificar si los demandantes tenían acceso a un «tribunal» para obtener, tras un procedimiento que responda a las exigencias de la disposición, una decisión sobre su demanda. Al respecto, la Corte recuerda que en otro caso ya se pronunció sobre el procedimiento establecido en el artículo L. 16 B del libro de procedimientos fiscales, señalando que no responde a las exigencias del artículo 6.1 de la Convención (*Ravon*, précité, §§ 28-35). Por lo que la Corte seguirá esta jurisprudencia y afirmará que hubo violación del artículo 6.1 de la Convención.

En cuanto a la violación del artículo 8, en concreto por la violación del «secreto profesional», la Corte recuerda en primer lugar que el término «domicilio» que figura en el artículo puede englobar, por ejemplo, un despacho de un miembro de una profesión liberal, en especial un abogado (párr. 36). Por lo tanto, considera que la visita llevada a cabo al despacho de los demandantes y los embargos efectuados son una injerencia en el ejercicio de su derechos derivados del artículo 8.1. de la Convención. Considera que la injerencia está prevista por la ley, en el artículo L. 16 B del libro de procedimientos fiscales; y que perseguía un fin legítimo, a saber, la defensa del orden público y de la prevención de infracciones penales. En cuanto a la cuestión de la necesidad de la injerencia, recuerda que esta necesidad requiere una

interpretación estrecha y establecida de forma convincente. En este sentido, para la Corte, las visitas y embargo de bienes en el domicilio de un abogado van contra el secreto profesional «incontestablemente», siendo este secreto la base de la relación de confianza que existe entre el abogado y su cliente. Además, la protección del secreto profesional es corolario del derecho del cliente del abogado de «no contribuir a su propia incriminación» (párr. 41). Por ello toda previsión legal de derecho de visita y embargo en el despacho del abogado debe estar asociada a «garantías particulares» (párr. 42). En este caso la visita se acompañó de la garantía especial de procedimiento ya que fue ejecutada en presencia del Decano del Colegio de Abogados de la que dependían los demandantes, y su presencia y observaciones relativas a la salvaguarda del secreto profesional fueron mencionadas en el proceso verbal. Pero, además de la ausencia del juez que había autorizado la visita domiciliaria, la presencia del Decano, no impidió la consulta efectiva de toda la documentación del despacho. A su vez, la Corte destaca que la autorización judicial estaba redactada en términos demasiado amplios, por lo que los funcionarios y oficiales de policía tenían reconocidos poderes muy extensos. Además y sobre todo la Corte señala que la visita domiciliaria tenía por finalidad descubrir en el domicilio de los demandantes en su calidad de abogados de la sociedad sospechosa de fraude, documentos susceptibles de establecer el fraude presunto y de utilizarlos. En ningún momento los demandantes fueron acusados de haber cometido una infracción o participado en un fraude cometido por su cliente. La Corte destaca por tanto que en concreto, en el marco de un control fiscal de una sociedad cliente de los demandantes, la administración visitaba a estos últimos por la sola razón que tenía dificultades para realizar el control fiscal y para encontrar «documentos contables, jurídicos y sociales» de naturaleza a confirmar las sospechas de fraude que pesaban sobre la sociedad cliente. Por tanto, las visitas domiciliarias y embargos en el domicilio de los demandantes, fueron «desproporcionadas en relación al fin perseguido» y por tanto hubo violación del artículo 8 de la Convención. En consecuencia hubo violación del artículo y Francia debe entregar 5.000 € por daños morales al Sr. André y 10.000 € a los demandantes conjuntamente por gastos, además de la suma debida por los demandantes a título de impuestos.

Asunto Petrina c. Rumanía (demanda núm. 78060/01), sentencia de 14 de octubre de 2008, artículo 8 del CEDH (derecho a la vida privada y familiar).

El demandante nació en 1940 y reside en Bucarest. El 7 de octubre de 1997, después de una emisión televisada (*Starea de veghe*) que versaba sobre el proyecto de ley sobre el acceso a las informaciones que constaban en los archivos de los antiguos servicios de seguridad del Estado (*la Securitate*), C. I. (periodista del semanario *Catavencu*) afirmó que, entre otros, en el interior del Partido nacional de los campesinos («P.N.T.») había antiguos agentes de este servicio. También afirmó que se trataba de «falsos héroes», de «agentes de la *Securitate*» que fueron encarcelados por «otra cosa» y que pretendían hacerse pasar por «antiguos detenidos políticos». Dio como ejemplo el nombre del demandante.

El 5 de noviembre de 1997, el demandante denunció penal y civilmente a C. I. por insulto y difamación. El 30 de marzo del 2000, el tribunal de Bucarest aceptó la denuncia penal, pero rechazó la demanda civil. Mediante sentencia de 18 de julio del 2000, el tribunal departamental de Bucarest desestimó la denuncia del demandante alegando que estaba mal fundada. El tribunal

consideró que las afirmaciones de C. I. constituyan «juicios de valor que derivaban de la libertad de opinión y de su derecho a comunicar sus ideas».

Invocando el artículo 10 del CEDH, el demandante alegó que sufrió una violación del derecho a la buena reputación y del derecho al honor a causa de las difamaciones de C. I. en la emisión televisada. El TEDH recuerda que es competente para calificar jurídicamente los hechos sometidos a su examen. Así pues, como en el pasado juzgó que el derecho a la protección de la reputación es un derecho que dimana, en tanto que elemento inherente a la vida privada, del artículo 8 del CEDH, el TEDH decide que lo va a examinar bajo esta perspectiva. Antes, pero, descartó las excepciones preliminares alegadas por el Gobierno concernientes a la competencia *ratione temporis* y *ratione materiae*, esta última al considerar que la reputación de una persona representa una parte de su identidad personal y psíquica que es inherente a su vida privada, incluso en el ámbito de una crítica en el contexto de un debate público.

Al analizar el fondo del asunto, el TEDH constata que el demandante no se queja de una acción del Estado, sino más bien de la ausencia de una protección suficiente de su reputación por su parte.

El TEDH reitera que si el artículo 8 tiene esencialmente por objeto proteger a los individuos contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, no se limita sólo a solicitar al Estado que se abstenga de tales injerencias: a este compromiso negativo pueden añadirse obligaciones positivas inherentes al respeto efectivo de la vida privada o familiar. La frontera entre las obligaciones positivas y negativas en virtud del artículo 8 no tiene una definición precisa: los principios aplicables son comparables. En particular, en los dos casos, se debe tener en cuenta el justo equilibrio entre el interés general y los intereses individuales, disfrutando el Estado de un margen de apreciación en su valoración. El TEDH estima que el sujeto del debate controvertido –la adopción de una legislación que permitía desvelar los nombres de antiguos colaboradores de la *Securitate*–, debate mediatisado y seguido con atención por el gran público, representaba un interés fundamental para toda la sociedad. La colaboración de personajes políticos con esta organización era una cuestión muy sensible en el contexto histórico específico de Rumanía.

A pesar del carácter satírico del semanario *Catavencu*, el Tribunal entiende que los artículos controvertidos eran de naturaleza ofensiva para el demandante puesto que no existía indicio alguno sobre su eventual pertenencia a la *Securitate*. Consta también que el mensaje de los artículos litigiosos era claro y directo, desprovisto de cualquier elemento irónico o humorístico. Además añade que las afirmaciones de los dos periodistas franquearon los límites aceptables, al acusar al demandante de haber pertenecido a un grupo de represión y de terror utilizado por el antiguo régimen como instrumento de policía política. A esto se añade la ausencia de un marco legislativo que permitiera, en la época de los hechos, el acceso del público a los archivos de la *Securitate*. Incluso si se admitiera que las afirmaciones litigiosas pudieran ser consideradas como juicios de valor, el TEDH considera que están desprovistas de cualquier base fáctica. No había ningún indicio de que el demandante hubiera trabajado en calidad de agente de la *Securitate*.

En estas circunstancias, el TEDH no está convencido de que las razones avanzadas por los tribunales internos para proteger la libertad de expresión fueran suficientes para hacerlas prevalecer frente a la protección de la reputación del demandante. El TEDH, al constatar que no existió una relación de proporcionalidad entre los intereses concurrentes implicados, estima que existe una violación del artículo 8 del CEDH.

Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

LIDIA ARNAU RAVENTÓS *

STJCE 10 de julio de 2008, Emirates Airlines-Direktion für Deutschland v. Diether Schenkel. Petición de decisión prejudicial. Oberlandesgericht Frankfurt am Main (Alemania). Interpretación del artículo 3 del Reglamento 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos. El precepto, en su apartado 2.º letra a, declara aplicable el Reglamento a los pasajeros que partan de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro sujeto a las disposiciones del Tratado CE. Se plantea si el precepto se aplica en caso de un viaje de ida y vuelta en el que los pasajeros que hayan partido inicialmente de un aeropuerto situado en el territorio de un Estado miembro regresan a este mismo aeropuerto mediante un vuelo con salida desde un aeropuerto situado en un tercer país. El Tribunal considera, en primer término, que no incide en la cuestión planteada la circunstancia de tratarse, el viaje de ida y la vuelta, objeto de una reserva única. En segundo lugar, entiende que del Reglamento resulta que un viaje de ida y de vuelta no puede considerarse como un solo y mismo vuelo y que, en consecuencia, al caso resulta de aplicación el artículo 3, apartado 2.º, letra b, que contempla la salida desde un aeropuerto situado en un tercer país. En estos casos, sólo resulta aplicable el Reglamento si el transportista aéreo es comunitario.

STJCE 11 de septiembre de 2008, Caffaro Srl v. Azienda Unità Sanitaria Locale RM/C. Petición de decisión prejudicial. Tribunale civile di Roma. Interpretación de la Directiva 2000/35, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. En opinión del Tribunal, no se opone a dicha Directiva una disposición nacional en virtud de la cual un acreedor, provisto de un título ejecutivo relativo a un pago no impugnado adeudado por una administración pública como contraprestación de una operación comercial, no pueda proceder a la ejecución forzosa antes de que transcurra un plazo de ciento veinte días desde la notificación del título ejecutivo a dicha administración. La razón es que la Directiva, a propósito de los créditos no impugnados, armoniza tan sólo el plazo para la obtención del título ejecutivo (noventa días naturales; véase artículo 2, punto 5), mas sin incidir en los procedimientos de ejecución forzosa, que siguen estando sujetos al Derecho nacional de los Estados miembros. En este contexto, la disposición controver-

* Profesora Agregada de Derecho Civil (Universidad de Barcelona). El trabajo es parte de la investigación llevada a cabo en el seno del Grupo Consolidado 2005 SGR 00759, dirigido por el Prof. Dr. Ferran Badosa Coll.

tida no afecta a aquel plazo sino que, por el contrario, presupone la obtención del título ejecutivo, limitándose a regular una cuestión de procedimiento ejecutivo.

STJCE 9 de octubre de 2008, Directmedia Publishing GmbH v. Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del artículo 7, apartado 2, letra a) de la Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos. El precepto define el concepto de «extracción» como la transferencia permanente o temporal de la totalidad o de una parte sustancial del contenido de una base de datos a otro soporte, cualquiera que sea el método utilizado o la forma en que se realice. El artículo 7.1 de la Directiva establece que los Estados Miembros deberán disponer que los fabricantes de una base de datos puedan prohibir operaciones de aquel tipo cuando la obtención, verificación o presentación del contenido de la base de datos representen una inversión sustancial desde el punto de vista cuantitativo o cualitativo. En este contexto, se plantea si la actividad de «extracción» comprende la operación consistente en transferir elementos de una base de datos a otra a resultas de una consulta visual de la primera y de una selección basada en una valoración personal del autor de la operación, o si la extracción en el sentido de dicho precepto exige una operación de copia física de un inventario de datos. El Tribunal aboga por una interpretación amplia del concepto, que abarque cualquier acto de transferencia (luego, no de simple consulta) de la totalidad o una parte sustancial del contenido de la base de que se trate a otro soporte, sea éste o no de la misma naturaleza que el de aquella base y con independencia de su finalidad (así, la creación o no de otra base de datos). El concepto debe englobar, también, aquellas operaciones de transferencia de partes no sustanciales del contenido de una base de datos que, por su carácter repetitivo y sistemático, tengan como resultado reconstituir una parte sustancial de dicho contenido.

STJCE 14 de octubre de 2008, Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul, Leonhard Matthias Grunkin-Paul v. Standesamt Niebüll. *Vid. supra*, sección temática, Derecho de familia en la Unión Europea.

STJCE 16 de octubre de 2008, Bundesverband der Verbraucherzentralen un Verbraucherverbände v. Deutsche internet versicherung eV. Petición de decisión prejudicial. Bundesgerichtshof (Alemania). Interpretación del artículo 5, apartado 1, letra c), de la Directiva 2000/31 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico. El precepto establece que los Estados miembros deberán garantizar que el prestador de servicios permita a los destinatarios del servicios y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanente, entre otros, a las señas que permitan ponerse en contacto rápidamente con él y establecer una comunicación directa y efectiva, incluyendo su dirección de correo electrónico. Estas informaciones no tienen que incluir necesariamente un número de teléfono. Pueden consistir en un formulario de contacto electrónico mediante el cual los destinatarios del servicio puedan dirigirse por Internet al prestador y al que éste responda por correo electrónico, salvo en las situaciones en las que un destinatario del servicio que, tras la toma de contacto por vía electrónica con el prestador de

servicios, se encuentre privado de acceso a la red electrónica y solicite a éste el acceso a un medio de comunicación no electrónico.

STJCEE 16 de octubre de 2008, Kirtruna, S. L, Elsa Vigano v. Red Elite de Electrodomésticos, S. A, Cristina Delgado Fernández de Heredia, Sergio Sabini Celio, Miguel Oliván Bascones, Electro Calvet. Petición de decisión prejudicial. Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona. Interpretación de los artículos 3 y 5 de la Directiva 2001/23, del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en el caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. El artículo 3 dispone que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha de traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso. El artículo 5 matiza lo previsto en el artículo 3 cuando el cedente sea objeto de un procedimiento de quiebra o insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y éstos estén bajo la supervisión de una autoridad pública competente. En estos supuestos, los Estados miembros pueden disponer la no transferencia al cesionario de las obligaciones del cedente derivadas de los contratos laborales. La cuestión, sin embargo, se plantea a propósito de un contrato de arrendamiento suscrito por el cedente con un tercero, cuya extinción (así, por falta de consentimiento del arrendador) puede hacer inviable el mantenimiento de las relaciones laborales entabladas por el cedente y ahora asumidas por el cesionario. Según el Tribunal, del tenor literal del art. 3 de la Directiva se desprende que los derechos y obligaciones que resultan transferidos son sólo los que derivan de un contrato de trabajo o relación laboral. Se excluyen, pues, cualesquier otros aunque su extinción determine, indirectamente, la resolución de aquellas relaciones laborales.

Jurisprudencia Nacional (mayo 2008 a septiembre 2008)

MIRIAM ANDERSON*

TRIBUNAL SUPREMO

Competencia desleal

STS (Sala Civil) de 19 de mayo de 2008 (RJ 2008/3089). Ponente: José Ramón Ferrández Gabriel. La Sala, asumiendo funciones de Tribunal de segunda instancia, entiende que no se ha producido vulneración del artículo 7 de la Ley 3/1991 en un caso en que, en el etiquetado de margarinas y mahonesas, se hacía constar la presencia de yogur, siendo así que el ingrediente incorporado, adquirido en Alemania, no respondía a las exigencias de este derivado de la leche en el ordenamiento español. En el FJ 6.^a se concluye que: «El artículo 7 de la Ley de competencia desleal trata de proteger el correcto funcionamiento del mercado, en el que la Ley de la oferta y la demanda cumple una función trascendente, ante la posibilidad de que los consumidores, en el momento de tomar la decisión de adquirir o no los bienes –productos o servicios–, estén errados sobre las características de los mismos que puedan influir en aquella. La estimación del recurso de apelación interpuesto por la asociación demandante hubiera exigido la demostración de que el concepto yogur que tienen los potenciales consumidores de margarina y salsa mayonesa –productos alimenticios en los que, según los envases y la publicidad, se integra, como un componente, aquel derivado de la leche– es el mismo que el que le atribuía el artículo 1.4 de la Orden de 1 de julio de 1987 (RCL 1987, 1570). Esto es, que el concepto normativo coincide con el efectivamente imperante en el mercado entre los consumidores potenciales del producto. En conclusión, si lo que se denuncia es la posibilidad de un error, en el sentido de equivocada o inexacta creencia o representación mental de los consumidores sobre la realidad determinante de su actuación en el mercado, no es bastante con denunciar la lesión del principio de legalidad, a menos que se demuestre la coincidencia entre la norma y el conocimiento de los consumidores sobre que no es yogur el derivado de la leche que no contenga en el momento de su comercialización la presencia viva de las bacterias que producen la fermentación. Y que no lo es tampoco, en tal caso, cuando se incorpora como ingrediente a otros productos que se ponen a disposición de los consumidores en condiciones totalmente distintas. La insuficiencia de prueba de esos datos necesarios para la declaración, en todos los casos, del engaño lleva a desestimar el recurso de apelación de la demandante. Y hace innecesario examinar si Agra, S. A., venía obligada a cumplir un deber de información complementario sobre las características particulares del producto utilizado por ella como ingrediente; así como que, en la posi-

* Profesora agregada de Derecho civil, Universitat de Barcelona.

ción de Tribunal de instancia, entremos a examinar si la pretensión deducida en la demanda podría afectar indirectamente a la libre circulación de mercancías en el mercado único –artículo 28 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (RCL 1999, 1205 ter), directamente aplicable, según las sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de marzo de 1987 (C-358/95) y 18 de septiembre de 2003 (C-416/00 [TJCE 2003, 271])–, en relación con un producto [–el yogur–] elaborado según las exigencias de la legislación de Alemania, de donde fue importado –la sentencia de 5 de abril de 2001 (C-123/2000 [TJCE 2001, 105]) declaró (18) que constituyen medidas de efecto equivalente, prohibidas por el artículo 28 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, los obstáculos a la libre circulación de mercancías derivados, a falta de una armonización de las legislaciones, de la aplicación a mercancías procedentes de otros Estados miembros, donde se fabrican y comercializan legalmente, de normas relativas a los requisitos que deben cumplir dichas mercancías (como los relativos a su denominación, forma, dimensiones, peso, composición, presentación, etiquetado, acondicionamiento), aunque dichas normas sean indistintamente aplicables a todos los productos, siempre que esta aplicación no pueda verse justificada por un objetivo de interés general que pueda prevalecer sobre las exigencias de la libre circulación de mercancías».

Contrato de seguro: delimitación del riesgo y cláusulas abusivas

STS (Sala Civil) de 16 de septiembre de 2008 (JUR 2008/319878). Ponente: Clemente Auger Liñán. Se considera que la definición de quiénes sean «terceros» a los efectos de un seguro de responsabilidad civil frente a terceros pertenece a la delimitación del riesgo asegurado, de modo que resulta de aplicación a la cláusula en cuestión la legislación sobre condiciones generales y no la relativa a cláusulas abusivas (art. 3 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro); se sigue el criterio mantenido por la STS de 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006/6576).

Efecto directo de las Decisiones

STS (Sala Civil) de 7 de julio de 2008 (JUR 2008/250125). Ponente: Francisco Marín Castán. Una ayuda estatal concedida a una compañía mercantil antes de su privatización fue declarada ilegal por Decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas de 18 de septiembre de 1996. La mercantil estaba en suspensión de pagos y el Abogado del Estado solicitó que se declarase como crédito de la masa el correspondiente a la devolución de la referida ayuda. La sentencia de primera instancia consideró que se trataba de un crédito posterior a la suspensión de pagos y que, en cualquier caso, de la Decisión no nacía un crédito directo para el Estado, sino que éste debía proceder primero a anular el acto por medio del cual se concedió la ayuda declarada ilegal. La decisión fue confirmada en apelación. El TS, en cambio, considera acertada la argumentación del Abogado del Estado quien, con apoyo en distintas decisiones del TJCE (a las que la Sala añade la cita de sentencias posteriores a la recurrida), argumenta que se contravendría la eficacia directa de la Decisión si se obligase al Estado a deshacer la cadena de actos y negocios jurídicos conexos a la concesión de la ayuda (y que incluyen el proceso de privatización) que la Decisión, por sí misma, ya anula. Justamente, éste es el proceso que la Decisión prohíbe. El TS concluye que el crédito a favor del

Estado debió incluirse en la lista de la suspensión de pagos, por no ser posterior a la misma, a lo que se une (FJ 3.º), «que el crédito del Estado contra la sociedad demandada tiene su razón de ser en un principio del Derecho comunitario tan esencial como el de la libre competencia, en la incompatibilidad de la ayuda estatal con el mercado común por falsear la competencia, artículo 92.1 del Tratado CEE (87), y por tanto en la infracción de una norma de Derecho comunitario originario, los órganos jurisdiccionales del Reino de España, en su aplicación de la legislación nacional para la recuperación de la ayuda, no pueden menos que favorecer su efectividad, no sólo por los principios básicos de primacía y efectividad del Derecho comunitario, unidos al de equivalencia, sino también porque en nuestro ordenamiento interno el artículo 6.3 CC impone la nulidad de pleno derecho de los actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas y el artículo 62.1 a) de la Ley 30/92, establece la nulidad de pleno derecho de los actos de las Administraciones públicas que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, siendo en este caso la ayuda estatal incompatible con el mercado común y por tanto con un principio tan fundamental del Derecho comunitario originario como es el de la competencia no falseada entre empresas.» En el FJ 4.º se estima también que el crédito a favor del Estado tiene carácter privilegiado en la suspensión de pagos, puesto que, aun no tratándose en rigor de un crédito tributario, debe equiparse analógicamente a los de esta clase por mor de los principios de primacía y efectividad del Derecho comunitario, derivando el crédito en este caso de la infracción del Derecho originario.

Propiedad intelectual

STS (Sala Civil) de 10 de julio de 2008 (JUR 2008/240646). Ponente: Clemente Auger Liñán. La señal televisiva emitida por los televisores instalados en las habitaciones de hoteles es un acto de comunicación pública que genera derecho de indemnización; la sentencia sigue el criterio instaurado por la STS de 16 de abril de 2007 (RJ 2007/3780), a partir del pronunciamiento del TJCE de 7 de diciembre de 2006, asunto prejudicial C 306/05. De la misma fecha, ponente y sentido: JUR 2008/240650 y RJ 2008/3358.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

Aprovechamiento por turno

SAP de Barcelona (Sección 16.ª) de 30 de mayo de 2008 (AC 2008/1166). Ponente: Agustín Ferrer Barriendos. La sentencia parte de que, a pesar de la presión que el marketing pudo infligir sobre los compradores, no cabe razonablemente alegar error contractual transcurrido el plazo para el desistimiento, puesto que éste se concede precisamente para que los adquirentes tengan ocasión de examinar en profundidad el contenido del contrato. En el caso enjuiciado, era evidente que, pese a ello, los adquirentes no habían entendido cuál era el plazo dentro del cual podían disfrutar del inmueble y, seguramente por ello, solicitaron a la empresa la reventa del turno, a la cual se había comprometido por medio de documento anexo al contrato. Al no haber cumplido la empresa con esta obligación, se estima procedente la resolución del contrato. Todo ello pese a que la redacción del documento en cuestión, literalmente, sólo aseguraba que se gestionaría la reventa por un determinado plazo

y no que la venta se concluiría; sin embargo, el tribunal estima que la redacción es lo suficientemente ambigua como para dar a entender que la empresa se comprometía efectivamente a revender, lo que haría más atractiva la adquisición, por lo que resultan de aplicación los artículos 1288 CC y 10.2 LGDCU. En cambio, no procede la resolución del contrato de financiación por falta de exclusividad (se concertó al cabo de un tiempo y con una entidad bancaria del domicilio de los demandantes), sin que quepa aplicar el artículo 12 de la Ley 42/1998, puesto que se refiere a los supuestos de desistimiento o de resolución en los casos del artículo 10 de la citada Ley y no a la resolución que se ejercita en el supuesto enjuiciado.

SAP de Barcelona (Sección 16.^a) de 13 de junio de 2008 (JUR 2008/265820). Ponente: Jordi Seguí Puntas. Se confirma la sentencia de primera instancia favorable a los adquirentes de un derecho de aprovechamiento por turno «flotante» (en el sentido de que el plazo de 7 días podía recaer sobre cualquiera de las semanas de distintos alojamientos), por falta de información veraz (posibilidad que se explica porque la Ley 42/1998 pone la resolución del contrato al servicio del adquirente consumidor, como es propio del derecho de consumo). Junto a la posibilidad de desistimiento *ad nutum* y la resolución en los tres meses siguientes a la fecha del contrato, en caso de que concurran carencias graves en la información previa o carencias formales del propio contrato, están también a disposición de los adquirentes los remedios propios del consentimiento viciado, incluyendo el dolo, que se constata en este caso debido a la alambicada redacción del contrato por parte de la empresa (así, por ejemplo, no se expresan las facultades que corresponden a los adquirentes para instar la ineficacia del negocio). Además, se aprecia la indeterminación del objeto, al no constar en el contrato los datos registrales de los inmuebles sobre los que se constituía el derecho de aprovechamiento.

SAP de Las Palmas (Sección 5.^a) de 30 de junio de 2008 (JUR 2008/300764). Ponente: Pedro Joaquín Herrera Puentes. Se decide, a favor de los consumidores, un supuesto en que la demandada había diseñado un contrato de aprovechamiento por turno al margen de las previsiones de la Ley 42/1998. En aplicación del artículo 1.7 del referido texto legal, la sanción es la nulidad de pleno derecho, con la correspondiente restitución de las cantidades aportadas por los adquirentes, con intereses. Se trataba de un contrato en que, literalmente, se transmitía «la condición de miembro de un selecto club». La propuesta comunitaria de reforma de la Directiva 94/47 pretende abarcar también estos supuestos (http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/timeshare/ts_proposal2007_en.pdf, comentario al art. 2).

Cláusulas abusivas: sumisión a arbitraje

AAP de Madrid (Sección 10.^a) de 3 de junio de 2008 (AC 2008/1172). Ponente: José Manuel Arias Rodríguez. Cláusula de sumisión a arbitraje contenida en un contrato de telefonía móvil. En el FJ 8.^o, la Audiencia señala que la cláusula es nula de pleno derecho (art. 10 bis LGDCU) por no haber sido negociada individualmente, por no remitir a una institución pública como son las Juntas de consumo a las que se refería el artículo 31 LGDCU y por perjudicar claramente al consumidor, puesto que, de no existir la referida cláusula, el procedimiento habría tenido que seguirse ante los juzgados del domicilio del demandado (art. 54 LEC) y el coste del procedimiento, por razón de la cuantía, habría sido muy reducido, al no ser obligatoria la presen-

cia de abogado y procurador para ninguna de las partes. Sin embargo, el verdadero problema radicaba en averiguar si esta normativa puede ser aplicada de oficio por el tribunal en sede de ejecución y sin que conste que la ejecutada haya comparecido en el procedimiento arbitral ejercitando lo conducente a su defensa o que haya promovido la acción de anulación del laudo. En el FJ 9.º, la Audiencia trae a colación la doctrina sentada por el TJCE en sus sentencias de 27 de junio de 2000 (C 240/98 a C 244/98 [TJCE 2000, 144], Rec. P. I 4941) y de 21 de noviembre de 2002 (C 473/00 [TJCE 2002, 345], Rec. p. I 10875). Se estima que, igual como sucedió en esta última sentencia, en el caso enjuiciado existió el riesgo cierto de que el consumidor no pudiese ejercitar las facultades de defensa, bien por ignorancia, bien por el miedo a tener que soportar los costes derivados de un recurso ante la jurisdicción ordinaria, si se decidía a impugnar el convenio arbitral. Además, el plazo concedido para que el consumidor decidiese si hacía uso o no de las referidas facultades por el órgano arbitral fue muy breve. Tras reconocer la necesidad de eficacia y seguridad de los arbitrajes (que justifica las limitaciones procedimentales a las objeciones al convenio arbitral y el carácter taxativo de los supuestos en que es posible anular el laudo), se recuerda (FJ 10.º) que el TJCE, en sentencia de 1 de junio de 1999 (TJCE 1999, 110), Eco Swiss. (C 126797, Rec. P. I 3055), afirmó que, en la medida que el órgano jurisdiccional nacional deba, en aplicación de sus normas procesales internas, estimar un recurso de anulación de un laudo arbitral basado en la inobservancia de normas nacionales de orden público, también debe estimar tal recurso basado en la inobservancia de normas comunitarias de este tipo. La Audiencia entiende que, habida cuenta de la importancia que ha adquirido en el ordenamiento comunitario la protección de los consumidores, la Directiva 93/13 también puede considerarse norma de orden público, al dirigirse a llenar uno de los cometidos fundamentales de la Unión Europea. No se extiende en exceso el concepto de orden público, en el sentir de tribunal, puesto que, en realidad, lo que se trata de salvaguardar es el derecho de defensa (de nuevo, tan ensalzado por el TJCE: véanse los FF.JJ. 11.º, 13.º y 14.º, con cita, en este último, de la sentencia de 26 de octubre de 2006, C-168/05 [TJCE 2006, 299]). Entendiendo que la doctrina del TJCE reconoce a los jueces la facultad de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula para conseguir los objetivos de los artículos 6 (protección del consumidor individual) y 7 (cese en el uso de cláusulas abusivas) de la Directiva 93/13, se considera (FJ 12.º) que las disposiciones nacionales anteriores y posteriores a la Directiva deben ser interpretadas, «en la medida de lo posible, a la luz del tenor literal y de la finalidad de la normativa comunitaria. La exigencia de interpretación conforme requiere en particular que el juez nacional dé preferencia a aquella que le permita negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva. En consecuencia, no puede accederse al despacho de la ejecución de un título de ejecución que debe reputarse jurídicamente inexistente al dimanar de un convenio arbitral viciado de nulidad absoluta, radical, *ipso iure* e insubsanable, al menos por las dos siguientes razones que comprendían las ya expuestas: a) hallarse incluida como condicionado general de un contrato y no haberse negociado individualizadamente; y, b) comportar de facto la sumisión de un consumidor a un arbitraje distinto del de consumo y perjudicar los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes, dificultando sobremanera sus posibilidades de efectiva defensa.» Finalmente, para justificar el cambio de criterio que representa para esta Audiencia la adop-

ción de esta línea de decisión, se menciona la introducción, por parte de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de un nuevo apartado 4 en el artículo 31 LGDCU (actual art. 57.4 RDL 1/2007), que, según la sentencia aquí reseñada, no hizo más que expresar una regla inmanente en la Directiva 93/13 (FJ 15.º).

Consumidores y usuarios

SAP de Madrid (Sección 10.º) de 16 de julio de 2008 (JUR 2008/291123). Ponente: José Manuel Arias Rodríguez. Se concede la indemnización solicitada por los perjudicados por haber seguido cursos en un Instituto argentino en cuya publicidad se aseguraba su posible convalidación en España.

Crédito al consumo

SAP de Valencia (Sección 9.º) de 9 de junio de 2008 (JUR 2008/273815). Ponente: Gonzalo Caruana Font de Mora. Una asociación de consumidores demanda a dos entidades que comercializaban cursos de inglés y a diversas entidades financieras para que se declare, entre otras cosas, la resolución por incumplimiento de los contratos de enseñanza y el enriquecimiento injusto de las entidades financieras tras el cese en la prestación de servicios, y que se las condene a cesar en las reclamaciones a los alumnos que no corresponden a servicios realmente prestados; igualmente, se solicita la nulidad de las condiciones de los contratos de financiación que los desvinculaban de la prestación de servicios, y que se condene a las entidades financieras a no remitir a los registros de morosos los datos de los alumnos que se encuentren en cualquiera de estos supuestos. La Audiencia considera que es perfectamente posible que la asociación defienda los intereses de sus asociados y, al mismo tiempo, ejercite una acción de interés general, tal y como prevé el ordenamiento, y, en líneas generales, entiende que corresponde acceder a las pretensiones de la actora.

Propiedad industrial

«SAP de Madrid (Sección 28.º) de 17 de junio de 2008 (JUR 2008/272934). Ponente: Pedro Gómez Sánchez. El titular de la marca «TOMMY LEE» recurre la sentencia de instancia que estimó la demanda contra él presentada por la titular de la marca «TOMMY HILFIGER». La Audiencia desestima el recurso, partiendo del carácter notorio de la marca del actor para los productos comercializados (FJ 4.º): «[E]n su 10.º “considerando”, la Directiva 89/104/CEE acoge el criterio proveniente de la jurisprudencia alemana que configura la eventual notoriedad de la marca más antigua como elemento decisivo a la hora de valorar el riesgo de confusión que es capaz de generar la más moderna al señalar que “...el riesgo de confusión, cuya apreciación depende de numerosos factores y, en particular, del conocimiento de la marca en el mercado,... constituye la condición específica de la protección...” Criterio mantenido posteriormente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.– Así, nos indica la STJCE (Pleno) de 11 de noviembre de 1997 (asunto SABEL/PUMA) lo siguiente: “...En estas circunstancias, procede señalar que el riesgo de confusión es tanto más elevado cuanto mayor resulta ser el carácter distintivo de la marca anterior. Por consiguiente, no puede excluirse que la similitud conceptual derivada del hecho de que dos marcas utilicen imágenes que concuerden en la idea representada pueda crear un riesgo de confusión en caso de que la marca anterior posea un

carácter distintivo particular, bien intrínseco, o bien gracias a la notoriedad de que goza entre el público...”.– Por su parte, la STJCE (Pleno) de 29 de septiembre de 1998 (TJCE 1998, 220) (caso CANON/METRO GOLDWYN MAYER) señala que: “...Por otra parte, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el riesgo de confusión es tanto más elevado cuanto mayor resulta ser el carácter distintivo de la marca anterior. Así pues, como la protección de una marca registrada depende, según la letra *b*) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, de la existencia de un riesgo de confusión, aquellas marcas que tienen un elevado carácter distintivo, bien intrínseco, o bien gracias a lo conocidas que son en el mercado, disfrutan de una mayor protección que las marcas cuyo carácter distintivo es menor. Por consiguiente, a efectos de la letra *b*) del apartado 1 del artículo 4 de la Directiva, puede ser procedente denegar el registro de una marca, a pesar de que exista un mínimo grado de similitud entre los productos o servicios designados, cuando las marcas tienen una gran similitud y el carácter distintivo de la marca anterior, y, en particular, su renombre, es fuerte...”.– Finalmente, la STJCE (Pleno) de 22 de junio de 1999 (TJCE 1999, 138) (caso LLOYD SCHUHFABRIK MEYER/KLIJSEN HANDEL BV) estableció que: «..Para determinar el carácter distintivo de una marca y, por consiguiente, evaluar si posee un elevado carácter distintivo, el órgano jurisdiccional nacional debe apreciar globalmente la mayor o menor aptitud de la marca para identificar los productos o servicios para los cuales fue registrada atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada y, por tanto, para distinguir dichos productos o servicios de los de otras empresas... Al realizar la apreciación mencionada, procede tomar en consideración, en particular, las cualidades intrínsecas de la marca, incluido el hecho de que ésta carezca, o no, de cualquier elemento descriptivo de los productos o servicios para los que ha sido registrada, la cuota de mercado poseída por la marca, la intensidad, la extensión geográfica y la duración del uso de esta marca, la importancia de las inversiones hechas por la empresa para promocionarla, la proporción de los sectores interesados que identifica los productos o servicios atribuyéndoles una procedencia empresarial determinada gracias a la marca, así como las declaraciones de Cámaras de Comercio e Industria o de otras asociaciones profesionales...”.– Doctrina la expuesta que, aplicada al caso examinado, permite concluir que la notoriedad de las marcas de la actora/apelada es circunstancia capaz de dulcificar el rigor exigible en la apreciación de similitud obstativa entre las marcas enfrentadas pese a la concurrencia de un elemento diferencial entre ellas, circunstancia determinante, en definitiva, de su imposibilidad de convivir en el mercado por el riesgo de confusión que la presencia de las marcas del demandado/apelante es capaz de generar. Todo ello sin desconocer que, según es admitido comúnmente tanto en el terreno doctrinal como en el jurisprudencial, el riesgo de confusión, que comprende –como señala el artículo 6-1, *b*, de la L.M.– el riesgo de asociación, concurre tanto cuando va referido a la posibilidad de que el público confunda los respectivos signos o el origen empresarial de unos y otros, como cuando el riesgo es de otra naturaleza. Y es que, en efecto, descartada la noción extensiva del riesgo de asociación patrocinada por la jurisprudencia holandesa, tanto la doctrina emanada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como la de nuestro Tribunal Supremo han venido postulando una concepción estricta de esa clase de riesgo entendiendo que el mismo concurre si, al menos, se da la circunstancia de que el consumidor, aun sabiendo que las marcas son distintas y de distinta fuente productiva, puede creer verosímilmente que existe algún vínculo jurídico

(*vgr; de licencia*) o económico (*vgr, de pertenencia a un grupo societario*) entre los titulares de las marcas en conflicto. En tal sentido, la identidad del elemento preponderante de las marcas confrontadas, unida a la notoriedad de las marcas de la actora, son circunstancias plenamente capaces de suscitar en el consumidor, en el mejor de los casos para el apelante, esta última modalidad de error.»

SAP de Madrid (Sección 28.^a) de 30 de junio de 2008 (JUR 2008/293181). Ponente: Alberto Arribas Hernández. Recurriendo a la doctrina del TJCE respecto de los signos e indicaciones descriptivos que, por tanto, no pueden ser objeto de derechos de propiedad industrial, se estima que la proposición «12 uvas de la suerte» es más sugestiva, de fantasía, que descriptiva, puesto que evoca un concreto destino del producto, pero no el producto mismo; por tanto, se rechaza la alegación de nulidad de la marca. A continuación, se vuelve a acudir a la doctrina del TJCE para apreciar la concurrencia de riesgo de confusión entre el referido signo y la marca de la actora.

SAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 16 de julio de 2008 (JUR 2008/259886). Ponente: Ignacio Sancho Gargallo. Se confirma la sentencia de instancia por la que se estimaba parcialmente la demanda interpuesta por los titulares de las marcas «DONUT», «DONUTS» y «DOGHNUTS» frente a la empresa que ofrecía en el mercado productos con los distintivos «DOUGHNUTS». La actora estimó que se habían vulnerado sus derechos de propiedad industrial y que la demandada había llevado a cabo actos de competencia desleal (estas últimas pretensiones fueron desestimadas y la decisión no fue objeto de recurso). La demandada alegó que la inserción del término «doughnut» en sus envases no genera riesgo de confusión, debido a su escasa capacidad distintiva; que por ello la marca «dognut» debía ser declarada nula o que había caducado por falta de uso real y que la marca «donut» se había vulgarizado. Finalmente, la demandada entendió que el ámbito de protección de las marcas de la actora nunca puede impedir que en el comercio pueda utilizarse la palabra «doughnut» para describir un concreto producto que no puede denominarse de otra manera. Tras recordar que el riesgo de confusión ha pasado a ser, desde la Directiva 89/104, un concepto de Derecho comunitario, para cuya delimitación es preciso tener en cuenta la jurisprudencia del TJCE, la Audiencia analizó separadamente su concurrencia respecto del binomio «donut-donuts»/«doughnut», por un lado, y «dognuts»/«doughnuts», por otro. Respecto del primero, las periciales señalan y las partes admiten que el término «doughnuts», en inglés, designa un bollo esponjoso y frito con forma de rosquilla, ordinariamente cubierto de azúcar o chocolate, y que «donuts» es una contracción de «doughnuts». Pero las discrepancias surgen respecto del conocimiento que se tiene en España de esta última palabra. La pericial propuesta por la actora pone el acento en la falta de entrada en los diccionarios españoles y su ausencia también en el CREA (Corpus de Referencia del Español Actual). El informe presentado por la demandada, que estima que se trata de un anglicismo de uso corriente en España, se considera insuficiente para desacreditar lo demostrado por la actora. Éstas y otras consideraciones conducen a entender que hay efectivamente riesgo de confusión (FJ 7.^º). Todo ello lleva a estimar que no cabe apreciar que el uso descriptivo del signo pueda operar como excepción al poder de exclusión del titular de la marca (FJ 9.^º). Respecto del segundo binomio, se estima que el grado elevado de similitud de los signos compensa que su aplicación sea a productos distintos pero similares (FJ 8.^º). Los restantes motivos

de defensa y de oposición alegados por la demanda son analizados, con igual suerte, en los últimos fundamentos de derecho de la sentencia.

Propiedad intelectual

SAP de A Coruña (Sección 4.^a) de 5 de mayo de 2008 (AC 2008/1113). Ponente: José Luis Seoane Spiegelberg. Copia privada: los CD's son dispositivos generadores del canon. Se corrobora la doctrina jurisprudencial de las Audiencias, incluso anterior a la Ley 23/2006, en este sentido. Para respaldar esta conclusión, se alude a la Directiva 2001/29, a la Decisión del Consejo de 16 de marzo de 2000, que aprobó el Tratado de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, y al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, revisado en París el 24 de julio de 1971, que reflejan la voluntad de extender la protección de los derechos de autor al entorno digital.

SAP de Barcelona (Sección 15.^a) de 5 de mayo de 2008 (AC 2008/114). Ponente: Luis Garrido Espá. La reproducción de fonogramas, previamente elegidos por una persona encargada al efecto, con ocasión de banquetes de boda y otras celebraciones, supone un acto de comunicación pública, y proporcionan así una prestación valorada por quienes contratan los servicios del negocio de restauración, por la cual quien los ofrece percibe una remuneración. Siendo así que lo que se remunera en este caso es la creatividad ajena, se estima la demanda interpuesta por la entidad de gestión, recordando, además, que en la STJCE de 7 de diciembre de 2006 (asunto C-306/05 [TJCE 2006, 354]) se indica que el carácter privado o público del lugar en que se produce la comunicación no tiene relevancia alguna, pues el artículo 3.1 de la Directiva 2001/29 y el artículo 8 del Tratado de la OMPI, sobre derechos de autor, exigen la autorización del autor, no para las retransmisiones en lugares públicos o abiertos al público, sino para los actos de comunicación por los que se permite al público acceder a la obra (FJ 4.^o).

Publicidad

SAP de Madrid (Sección 28.^a) de 27 de junio de 2008 (JUR 2008/272052). Ponente: Rafael Saraza Jimena. La Comunidad de Madrid demandó al PSOE aduciendo la aplicabilidad del artículo 2 de la Ley General de Publicidad a los llamados «compromisos electorales». En su FJ 3.^o, la sentencia entiende que: «[...] Las alegaciones de la recurrente sobre el carácter “profesional” de los partidos políticos y de la similitud con los contratos de los “compromisos electorales” que adoptan los ciudadanos respecto de los partidos políticos, que en su opinión serviría para encuadrar la publicidad hecha por tales partidos sobre cuestiones políticas en el ámbito del artículo 2 de la Ley General de Publicidad, carecen de fundamento razonable. Una cosa es que puedan utilizarse expresiones metafóricas relativas al mercado y sus actores para explicar de modo simplificado, o resaltando de un modo llamativo alguno de sus aspectos, determinados escenarios o actuaciones políticas (y así se habla de “mercado de las ideas” para referirse al debate público en una determinada sociedad, como ya se hizo en la jurisprudencia americana por el juez Oliver Wendell Holmes en su voto particular formulado en la sentencia Abrams vs. United States –250 U.S. 616 [1919]–, o se tilda coloquialmente de “profesionales” a los políticos o a los partidos en que se encuadran cuando se produce la permanencia continuada de unas mismas personas en los cargos políticos sin que se produzca su renovación), y otra es que pretenda otorgarse

a tales expresiones la virtualidad de transmutar la verdadera naturaleza jurídica y constitucional de tales instituciones y convertir el debate público y sus actores (entre los que los partidos políticos tienen una especial importancia en nuestro sistema constitucional en cuanto que “expresan el pluralismo político, concurren a la formación y manifestación de la voluntad popular y son instrumento fundamental para la participación política”, art. 6 de la Constitución), en un mercado donde los proyectos y las ideas se compran y se venden, o equiparar jurídicamente la actuación de los partidos políticos, en cuanto intentan ocupar parcelas de poder mediante procedimientos democráticos y para ello intentan convencer a los ciudadanos de la bondad de sus programas y de sus actuaciones y de los defectos de sus oponentes, con la actuación de los agentes económicos intervenientes en el mercado cuando promueven sus propias prestaciones en competencia con las de sus competidores. –Se trata de actuaciones y de campos que son regulados por el ordenamiento jurídico de una manera completamente distinta, en base a *[sic]* criterios de eficiencia concurrencial, tutela de los consumidores y control judicial de la corrección y exactitud de las manifestaciones externas realizadas en el mercado con ánimo concurrencial, entre otros criterios, en el caso del mercado económico, y en base a *[sic]* criterios de libertad de expresión, ausencia casi total de injerencia judicial en el debate político y reconocimiento del protagonismo de los partidos políticos, en cuanto al campo de la política.» El FJ 4.º se dedica a rebatir la posibilidad de aplicación analógica del referido artículo 2 de la Ley General de Publicidad.

Viajes combinados

SAP de Madrid (Sección 20.^a) de 29 de mayo de 2008 (JUR 2008/274732). Ponente: Ramón Fernando Rodríguez Jackson. Los adquirentes de un viaje combinado demandaron la restitución íntegra del precio del viaje, debido a incumplimientos en cuanto al transporte proporcionado y al alojamiento. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda e incluyó una partida para la indemnización por daño moral que los demandantes no habían solicitado de modo independiente. Sin embargo, la Audiencia entiende que al demandar la restitución y dada la descripción de las consecuencias de los referidos incumplimientos en los escritos de demanda, es preciso mantener las indemnizaciones por daño moral, teniendo en cuenta la doctrina sentada en la Sentencia del TJCE de 12 marzo 2002 (TJCE 2002, 99), en el sentido de que el artículo 5 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, debe interpretarse entendiendo que confiere al consumidor un derecho a la reparación del perjuicio moral derivado del incumplimiento o de la mala ejecución de las prestaciones que constituyen un viaje combinado. En igual sentido debe ser interpretado el artículo 11.2 de la Ley 21/1995 (FJ 3.º).

Libros sobre Derecho Privado Europeo. Recensiones y noticias breves

AMERIO, Pier Luigi/CATERINA, Raffaele (coord.), *Il condominio in Europa: prospettive a confronto*, Napoli, Satura Editrice, 2008, ISBN 978-88-7606-043-3, 136 pp.

El libro recoge las ponencias del Congreso «*Il condominio in Europa: prospettive a confronto*», que tuvo lugar en Turín, el 18 de mayo de 2007 y fue organizado conjuntamente por la *Confedilizia Piemonte - Valle d'Aosta* y la Universidad de Turín. En él participaron prácticos del derecho y profesores universitarios, tanto italianos como de otros países. El punto de vista compарado es novedoso, porque las comunidades de propietarios por pisos no son objeto frecuente de estudio desde esta perspectiva, tan interesante como conveniente, si se tiene en cuenta la necesidad de una intervención legislativa que ponga al día la obsoleta regulación italiana. Las intervenciones se agruparon en torno al siguiente esquema: en primer lugar, se explicaron las principales experiencias europeas (Francia, España, Inglaterra) y de los Estados Unidos de América; en segundo lugar, se organizó una mesa redonda para discutir las principales cuestiones jurídicas de *iure condendo*.

Entre los *reports* nacionales, destacan las conclusiones de A. Fusaro («*La soggettività del condominio nel diritto francese*») que, en relación con el modelo francés, pone énfasis en la personalidad de la comunidad. La presentación de la legislación estatal española y autonómica catalana, a cargo de M. Anderson («*Il condominio in Spagna: la riforma del diritto catalano del 2006*», 31-45), pone de manifiesto un dato relevante: que una normativa excesivamente detallada corre el riesgo de incurrir en contradicciones y, por tanto, es contraria a la seguridad jurídica; es, además, un contrasentido, si las partes tienen la posibilidad de derogarla en uso de la autonomía de la voluntad. P. Nebbia («*Il 'commonhold' nella recente riforma della 'property law' inglese*», 47-57), insiste en las dificultades de poner en práctica la reciente reforma en Inglaterra (2002), por la necesidad de consenso entre los *freeholders* y los *leaseholders*. Y, finalmente, P. F. Giuggioli («*I nuovi disegni di legge in tema di condominio alla luce dell'esperienza americana*», 59-64) destaca que, a pesar de las diferencias entre el modelo italiano y estadounidense, las últimos proposiciones de ley presentados en el Parlamento italiano no se alejan demasiado de algunas soluciones adoptadas en los Estados Unidos.

Como ya se ha adelantado, la reforma en Italia es urgente. La disciplina viene todavía regulada en el capítulo II del título VII del libro III del *Codice Civile* de 1942 (arts. 1117-1139), que es claramente insuficiente. Tanto la doctrina como los operadores jurídicos han denunciado más de una vez la obsolescencia de tal regulación y la conveniencia de reformas, particularmente necesarias si se tiene en cuenta que más de 12 millones de familias, de un total de 21, es decir, 2/3 de la población, viven en situación de condominio, y que los índices de litigiosidad son muy elevados. Han sido varios los intentos de reforma, pero ningún proyecto de ley ha acabado siendo aprobado. Hubo

uno en el año 2005 y otros tres en el año 2006. Las contribuciones italianas se ocupan críticamente y con detalle del estudio de su contenido. Son las siguientes: P. Scatellari, «*Problemi aperti dalla disciplina del condominio nella prospettiva della sua riforma*» (67-75); V. Nasini, «*Il condominio de iure condendo*» (77-89); N. Scripelliti, «*La capacità giuridica: nuova frontiera del condominio*» (91-96); S. Tassone, «*La gestione giurisdizionale delle controversie condominiali tra le attuali peculiarità operative e gli auspicabili futuri interventi di riforma*» (97-105); L. Delogu, «*L'attribuzione della capacità giuridica prevista dai progetti di riforma disegna un convincente modello di condominio?*» (107-130). Todas las contribuciones insisten en que las propuestas legislativas simplemente consagran las soluciones que en la práctica ya ha ido consagrando la jurisprudencia y que sólo en cuestiones puntuales se anticipan a ella. Critican, además, la incertidumbre, teniendo en cuenta las muy distintas soluciones que contiene cada propuesta y, entre las más problemáticas, la relativa a la personalidad jurídica de la comunidad de propietarios de casas por pisos. El problema, según los ponentes, es que tal capacidad jurídica se afirma a nivel puramente formal y no va acompañada de una regulación adecuada.

Al inicio de esta legislatura se han presentado tres nuevos proyectos de ley (*disegno di legge* n. 71, presentado en el Senado el 29 de abril de 2008, por G. Legnini y otros; *disegno di legge* n. 355, presentado en el Senado el 6 de mayo de 2008, por A. Pastore y otros; *disegno di legge* n. 399, presentado en el Senado el 7 de mayo de 2008, por F. Mugnai). Desgraciadamente, sólo son tímidas tentativas de mejora. Sería deseable que la perspectiva de Derecho comparado que ofrece este libro pudiera insuflar ideas nuevas para acabar con algunos de los problemas que, hoy por hoy, reclaman inmediata atención por parte del legislador.

Lorenzo BAIRATI
Università degli Studi di Torino

BALDUS, Christian/MÜLLER-GRAFF, Peter-Christian (eds.), *Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive*, Sellier European Law Publishers, München, 2006, 193 pp., ISBN-10 3-86653-002-1.

¿De qué modo ha de afrontarse la concreción de las normas que enuncian cláusulas generales o conceptos jurídicos indeterminados o principios generales en el ámbito del Derecho comunitario? ¿Pueden las distintas tradiciones jurídicas y metodologías aplicadas en los países miembros encontrar un camino que permita concretar el contenido de modo adecuado a una verdadera armonización? ¿Cómo ha de proceder el TJCE? ¿Cómo ha de proceder la jurisprudencia nacional?

Las cláusulas generales o los conceptos válvula representan en todos los sistemas una puerta abierta a la flexibilidad, a la atención a las circunstancias del caso concreto y a la incorporación de valores que se deducen del resto del ordenamiento o de criterios extrajurídicos conformes al sentir social aunque todavía no manifestados en enunciados normativos. El tema ya es complejo cuando del propio Derecho nacional se trata; pero si la norma es de origen

comunitario y se pretende dotarla de sentido homogéneo en países de lengua y tradiciones jurídicas diversas, el jurista se enfrenta a un reto de proporciones... europeas. El camino del consenso no parece fácil. Mr. Franklin, el personaje (héroe y galán) de la novela de Willkie Collins, «The Moonstone», nos es presentado como un curioso compendio de influencias inglesas, alemanas, francesas e italianas, de modo que su vida parecía transcurrir en un estado de «perpetua contradicción consigo mismo»; los manifestaciones de cada uno de sus «lados» se suceden a lo largo de esta historia detectivesca, en la que el propio Mr. Franklin atribuye al influjo de su formación alemana el laberinto de especulaciones que lo envuelven durante una noche de insomnio –hasta que la redacción a la mañana siguiente de una carta de contenido totalmente intrascendente, escrita en unas breves frases en inglés, produce el deseado efecto de despejar su mente.

¿Cabe en la Europa de los 25 responder a las preguntas antes enunciadas de modo armónico? El libro objeto de la recensión nos ofrece algunas respuestas muy alejadas de la «perpetua contradicción» del siglo XIX. Recoge las ponencias de la Jornada Científica que se celebró en el «Internationales Wissenschaftsforum» de la Ruprecht-Karls. Universität de Heidelberg, el 29 de abril de 2005, precedida de la lección inaugural pronunciada por C. Baldus. Se trataba de reflexionar sobre la interpretación y aplicación de las denominadas «cláusulas generales» (Generalklauseln, en adelante *GK*) desde una doble perspectiva: el papel que a dichas cláusulas corresponde en el proceso de armonización del Derecho Privado Europeo y, al mismo tiempo, la contribución que la ciencia jurídica alemana puede aportar en este ámbito. Junto a las ponencias y una breve crónica de los debates suscitados, el volumen se cierra con tres resúmenes del contenido de las primeras, cada una redactada en una lengua distinta: inglés, francés y alemán. Uno de ellos fue publicado en el *ADC*, *vid. Kunz, L., ADC, 2005, pp. 1653 a 1661*.

La sesión inaugural correspondió a C. Baldus sobre «»Interpretación histórica y comparatista del Derecho privado comunitario. Sobre la concretización de la «Falta de conformidad de escasa entidad» (pp. 1 ss.) [una versión actualizada y con notas, *ADC*, 2006, pp. 1611 a 1640, traducida por F. J. Andrés Santos]. Su tesis es mostrar que una aplicación correcta del Derecho privado comunitario ha de recurrir a las tradiciones jurídicas de los Estados miembros. El autor contrapone lo que denomina una interpretación histórica en sentido estricto –entendida fundamentalmente como historia de la legislación, de lo que el legislador quiso o rechazó– a la interpretación histórica en sentido amplio que analiza el trasfondo de la norma, sus modelos y conexión con otras normas con las que ha atravesado el tiempo y su actual potencial sistemático. Una investigación en sentido amplio que se revela particularmente necesaria y fructífera en el sistema continental de base románista y adecuada para una interpretación del Derecho privado comunitario desde la perspectiva de un sistema que persigue el objetivo de la integración. Se advierte de los problemas específicos que plantea la interpretación del Derecho comunitario, que impide proceder con la misma metodología que se aplica al Derecho nacional; las variantes lingüísticas de una misma norma en las distintas lenguas oficiales, unidas a la poca claridad de la formulación de algunas normas (precisamente como solución de compromiso) oscurecen la labor de concretar el contenido de cláusulas normativas generales, labor ésta que por muchos se concibe de manera autónoma, desligada de interpretaciones particulares que contribuyan a su dispersión. Mas al mismo tiempo se observa que Europa ofrece un laboratorio sin parangón en el que analizar la

transparencia, coherencia y justicia de las normas de los distintos países miembros y es terreno abonado para una metodología que tiende a una interpretación de carácter «histórico-comparativo y orientado a fines europeo-sistemáticos» (p. 23, «*historisch-vergleichende und europäisch-systematische*»). Como exemplificación del aserto, se parte del nuevo § 323 V 2 BGB, que, siguiendo lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Directiva sobre venta de bienes de consumo, deniega el remedio resolutorio cuando la falta de conformidad «no es de importancia», lo que a su vez supone un reflejo de la máxima romana *de minimis non curat lex*, traducida igualmente en los distintos Estados miembros, aunque con ciertas divergencias. El peligro de una excesiva fragmentación en la práctica jurisprudencial a la hora de concretar el significado de lo que deba entenderse por escasa importancia, puede conjurarse explicando –de un lado– la evolución histórica de los remedios del comprador –teniendo en cuenta lo específico de cada época– así como la inspiración más inmediata de la norma comunitaria en las tradiciones de algunos países europeos y en las normas del Convenio sobre compraventa internacional de mercaderías (CISG); el análisis continúa con el estudio comparatista, incluida sin duda la aplicación jurisprudencial, de modo que pueda suministrarse al operador jurídico una lectura de la norma no sólo a través de los anteojos de su propia formación, sino desde una óptica más integradora.

Las tres siguientes ponencias versaron sobre el concepto, las funciones y las dificultades de concreción de las cláusulas generales desde distintas perspectivas. T. Pfeiffer: «Las Cláusulas generales en la agenda de la armonización del Derecho Privado Europeo» (pp. 25 ss.), además de trazar los rasgos básicos de las *GK*, sus funciones y sus problemas de aplicación, ilustra sobre su inevitable utilización en el ámbito comunitario, tanto en los trabajos académicos de armonización, como en el propio *Acquis*, y advierte de las dificultades de concreción derivadas del carácter fragmentario y asistemático del actual Derecho de la Unión. No obstante, señala las líneas de orientación que –a su juicio– deben bascular sobre tres elementos: los derechos fundamentales –tanto los de la CEDH, como las libertades básicas de los Tratados–, el deber de interpretación conforme a las Directivas, y por último, los propios Derechos nacionales, como recurso al que puede y debe acudir el TJCE, en cuanto suministra ejemplos y criterios de transposición de normas comunitarias. Las otras dos contribuciones encaran las cuestiones antes apuntadas comparando el sistema alemán y el sistema francés. P. Jung: «Las cláusulas generales en el Derecho contractual alemán y francés» (pp. 37 ss.) analiza el significado y alcance de las *GK* en el ámbito de la teoría general del contrato, mientras que J. Walther, «La concretización de cláusulas generales con el ejemplo de la responsabilidad civil extracontractual en Francia» (pp. 63 ss.), confronta el sistema francés de cláusula general abstracta con el régimen alemán de tipicidad. P. Jung ofrece una concisa pero detallada relación de la doctrina alemana sobre las notas conceptuales, el contenido y la función de las *GK*, amén de su delimitación con nociones próximas (como la de concepto jurídico indeterminado), aspectos sobre los que también incide el análisis de J. Walther. Ambos autores coinciden en señalar que la doctrina francesa permanece ajena tanto al concepto de *GK*, como al ulterior deslinde de nociones afines, sin perjuicio de que su función resulte cumplidamente satisfecha a través de lo que se describe como principios generales, nociones de contenido indeterminado o conceptos válvula. P. Jung explica las razones de la perspectiva del Code Napoleón en el ámbito contractual; se describe como un sistema «descentralizado» (por la multiplicidad de normas indeterminadas),

que, además de circunscribir el ámbito de ciertas nociones o principios generales (como, por ej., la buena fe, proyectada sobre la fase de cumplimiento del contrato y la integración del contenido de la obligación), refleja el culto revolucionario a la Ley frente a la desconfianza hacia el poder judicial, unidos al respeto a la «justicia» contractual como expresión de la autonomía de la voluntad: *Qui dit contractuel, dit juste.* J. Walter, en el terreno extracontractual, recorre brevemente los antecedentes de la formulación general del artículo 1382 francés, frente al sistema cerrado de los §§ 823 ss. BGB.

Por ambos autores, sin embargo, se percibe una clara tendencia hacia la convergencia. Por lo que al ámbito contractual se refiere, se destaca por P. Jung la «descentralización» y multiplicación de las *GK* desde la modernización del Derecho de obligaciones del BGB, mientras que en Francia se aprecia desde finales de los años 80 lo que se describe como un «redescubrimiento» de las *GK*, en particular de la buena fe, junto a un cambio en la propia concepción del contrato, orientado a ser un instrumento de cooperación entre las partes, en el que la idea de justicia «objetiva» habría adquirido mayor importancia y con ello un incremento de la intervención judicial en su contenido y efectos. La aplicación práctica de los sistemas frances y alemán de la responsabilidad extracontractual, según se expone por J. Walter, permite hablar de un *aurea mediocritas* (p. 71 ss.), por cuanto la doctrina y la jurisprudencia francesas no sólo han concretado los presupuestos de la responsabilidad, sino que han desarrollado «grupos de casos» (*Fallgruppen*), con sus respectivos subgrupos, a modo de *kleine GK*, consiguiendo la «concreción de la abstracción» (*Konkretisierung der Abstraktion*); mientras que en Alemania, sobre todo a partir del § 823.1 BGB, se ha alcanzado la «abstracción de lo concreto» (*Abstrahierung des Konkreten*).

Las tres ponencias restantes se confiaron a juristas de países mediterráneos: Italia, España y Portugal, pertenecientes a la tradición romanista pero al mismo tiempo receptivos de doctrinas extranjeras, que pueden ilustrar sobre los problemas de concreción de las *GK*.

S. Troiano: «Las cláusulas generales en Europa continental. Lo que se espera de la dogmática de la ciencia jurídica alemana» (pp. 81 ss.) dedica la mitad de su estudio a destacar la proyección internacional de la doctrina alemana (llegando incluso a la discusión entre juristas chinos), las cualidades que justifican tan extendida admiración y el diálogo provechoso entre doctrina y jurisprudencia que a su vez ha cristalizado en la reforma del BGB. Destaca igualmente la atención que ha merecido el estudio de las *GK*, su función en el desarrollo del Derecho Privado Europeo, pero también la interpretación del propio Derecho interno conforme a los principios del Derecho europeo, así como las relaciones entre la jurisprudencia del TJCE y la práctica nacional. Pero tampoco faltan las críticas. Si las *GK* del Derecho Privado Europeo han de concretarse a la vista de los valores materiales de la Unión y principios básicos comunes a los Estados miembros –en la línea seguida además por las iniciativas académicas– la doctrina alemana ha de buscar el diálogo con otros círculos europeos, sin pretender que su propia dogmática pueda sin más trasplantarse al plano europeo. F. J. Andrés Santos, «Lo que espera la Historia del Derecho Privado Europeo de la ciencia jurídica alemana» (pp. 93 ss.) personifica la recepción de la doctrina y metodología alemanas en la doctrina española en la figura de E. de Hinojosa, que, desde su primera visita a Alemania en 1878, revolucionó el análisis histórico del Derecho y como el Cid Campeador, ganó todavía batallas después de su fallecimiento. Andrés Santos, sin embargo, atraviesa el tiempo para plantear en el actual contexto

en pos de la armonización la función que ha de desempeñar la historia del Derecho, entendida no como visión «contemplativa» o «puramente histórica», sino como investigación «aplicativa» que ha de contribuir a la construcción de un nuevo *ius commune*, cuyos más destacados cultivadores se encuentran en Alemania; un estudio histórico y comparatista que evidencie principios e instituciones propios de la tradición jurídica europea, ofreciendo al mismo tiempo criterios para la concreción de las *GK*. Una continuidad de estructuras jurídicas que se ha puesto de relieve por el TJCE. La tesis del autor se ejemplifica a través de la evolución de la cláusula *rebus sic stantibus*, desde su nacimiento en el medioevo, hasta su declive con la exaltación del principio *pacta sunt servanda*, su resurgimiento en distintos sistemas europeos bajo otras vestiduras (como la teoría de la presuposición), hasta su recepción por los PECL.

P. Mota Pinto: «Las cláusulas generales en Europa continental: lo que la doctrina portuguesa espera de la doctrina alemana» (pp. 115 ss.), explica el influjo alemán sobre el Código civil portugués de 1966 y la recepción de la doctrina sobre las *GK*, que permite la evolución en la continuidad, la justicia del caso concreto y la apertura del sistema a valores éticos y sociales cambiantes. Portugal también ha seguido el criterio metodológico de los «grupos de casos» y la concreción merced a la aplicación de criterios objetivos, entre los que se cuentan los principios constitucionales y derechos fundamentales, la historia jurídica y el derecho comparado, etc. Pero Mota –Juez del Tribunal Constitucional portugués– advierte de un peligro, descrito como un «positivismo jurídico judicial» y de la necesidad de explicitar los valores y apreciaciones que se encuentran detrás de las formulaciones generales. Sin un consenso sobre tales valores, la utilización de *GK* en el ámbito del Derecho Privado Europeo devendrá una falsa armonización.

La Jornada de Heidelberg fue clausurada por P. Müller-Graff: «Elementos de una dogmática de derecho privado comunitario de las cláusulas generales – ¿Qué puede aportar la doctrina alemana al Derecho privado europeo?» (pp. 131 ss.). Tras recordar la extensa producción alemana sobre el Derecho Privado Europeo y ponderar la necesidad de considerar la ciencia jurídica europea, enuncia lo que –a su juicio– son las tres insignias que han de distinguir su contribución futura al proceso de construcción del Derecho europeo en general, y la concreción de las *GK* en particular: el poder de persuasión a través de la precisión racional, la seguridad jurídica a través de una clara construcción de principios básicos y, en tercer lugar, la meta de la justicia, favorecida merced a la racionalidad del sistema. Müller-Graff previene contra una consideración del Derecho comunitario desde la perspectiva unilateral de su repercusión sobre el Derecho nacional, que a su vez sería una especie de víctima, objeto de un proceso no influenciable; al contrario, el Derecho comunitario no se puede construir sino con la aportación de las tradiciones y culturas jurídicas de todos los países miembros. La ciencia jurídica alemana, como la de los demás países europeos, debe hacer el esfuerzo de contribuir.

El lector interesado en profundizar en las aportaciones de la doctrina alemana sobre el concepto, clases y funciones de las denominadas «cláusulas generales», tanto en el propio Derecho alemán como desde la perspectiva del Derecho privado comunitario, encontrará en este volumen abundantes referencias a la extensa bibliografía alemana, además de las sencillas exposiciones de los propios autores, con la concisión propia del marco de una Jornada científica en el que se presentaron las respectivas contribuciones. El enfoque es original, por cuanto que además de analizar modelos y cauces para la con-

creción, a la luz de ejemplos nacionales y europeos, se trataba de que la propia doctrina alemana pudiera contemplarse con los anteojos del jurista de otros países europeos, comprometidos ambos en la construcción del Derecho Privado Europeo y conscientes de su responsabilidad en suministrar a los jueces –el TJCE en la cúspide, pero también los jueces nacionales– los instrumentos necesarios para especificar conceptos jurídicos indeterminados de modo adecuado para la armonización y de conformidad con los derechos fundamentales y libertades básicas de la Unión.

En esta tarea los juristas se habrán de encontrar inevitablemente influenciados por su propia formación y conocimientos previos, mas han de acometer la roturación de campos ajenos, unidos en el proyecto común de proporcionar a los ciudadanos europeos las menores contradicciones posibles.

Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA
Universidad de Murcia

DE GRAVATO MORAIS, Fernando, *Contratos de crédito ao consumo*, Coimbra, Almedina, 2007, ISBN 978-972-2403-137-8, 411 pp.*

Se trata, sin duda, de las obras más completas dedicadas al Derecho de los Consumidores y Usuarios, centrada específicamente en los contratos de crédito al consumo. Se realiza a lo largo de toda la obra un análisis exhaustivo de los diferentes problemas que plantea el desarrollo de la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo. Aunque el estudio se centra en el desarrollo que la citada Directiva ha tenido en Portugal a través del *Decreto-Lei 359/1991*, de 21 de septiembre (varias veces objeto de modificación con posterioridad), son continuas las referencias a la legislación sobre la materia en la mayor parte de los Estados de la Unión Europea, por lo que tiene especial interés para un tratamiento comparado del Derecho europeo.

Uno de los aspectos más originales de la obra es el estudio del incumplimiento del contrato por el consumidor, por tratarse de una cuestión a la que suele dedicarse poca atención. Particularmente interesante resulta en este punto el análisis de los medios de defensa del finanziador una vez constituido en mora el consumidor, de manera especial todo lo relativo a las diferentes cláusulas de vencimiento anticipado que suelen incorporarse a algunos tipos contractuales. Destaca también el tratamiento que se realiza de la posibilidad de cumplimiento anticipado por el consumidor. El artículo 8 de la Directiva 87/102/CEE concede al consumidor el derecho a liberarse de las obligaciones que haya contraído en virtud de un contrato de crédito antes de la fecha fijada por el contrato; pero como es sabido varios países han dictado normas diferentes sobre el particular. En este sentido, sobre la base de la Propuesta de Directiva de 11 de septiembre de 2002, se estudia la posibilidad de un derecho del consumidor a obtener una reducción equitativa del coste total del crédito, pero también la posibilidad de que el prestamista pueda reclamar una indemnización en estos casos, como compensación por los gastos y la perdi-

* Reseña publicada también en alemán en *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 4 (2008), 191.

da de su inversión. Como algunos Estados (Francia) han prohibido el cobro de esta indemnización, y otros la han limitado su cuantía (Bélgica, Holanda, Reino Unido), propone el autor que sólo se reconozca el derecho a cobrar la indemnización de reutilización cuando objetivamente sea equitativa y pueda ser cobrada de acuerdo con principios actuariales.

Desde una perspectiva comparada, me parece necesario destacar el completo tratamiento que se efectúa de la conexión o dependencia entre los contratos de consumo y de financiación, cuyos resultados son sumamente útiles para el estudio de esa misma conexión en los Derechos de cada uno de los Estados de la UE. Pero, a mi juicio, la mayor originalidad de esta obra aparece en su capítulo XI, dedicado a los mecanismos que puede utilizar el acreedor para la garantía de su crédito. Entre todas las posibles garantías, el tratamiento que se realiza de la reserva de dominio constituye sin duda un referente para el estudio dogmático de esta figura contractual.

Una última cuestión que hace especialmente útil esta obra, aparte del tratamiento que se hace del Derecho Comparado, son las referencias constantes a la Propuesta de Directiva de 11 de septiembre de 2002, por un lado, y al Anteproyecto portugués de Código del Consumidor. Se pueden apreciar así las ventajas y desventajas de optar en cada uno de los Estados miembros, o bien por un *Codice del Consumo* a la italiana, como Derecho especial, al que han ido a parar algunas de las disposiciones contenidas en el *Codice civile*, o bien por el modelo francés de *Code de la Consommation*, más flexible, y que posibilita la incorporación armónica de futuras modificaciones ya se refieran a preceptos aislados, o a completos regímenes jurídicos sin afectar a la estructura y armonía final del texto en que se integran.

Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO

Universidad de Valladolid

VAQUER ALOY, A. (ed.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference. Essays in Honour of Reinhard Zimmermann*, Europa Law Publishing, Amsterdam, 2008, 217 pp., ISBN 978-90-76871-93-6.

Existen dos razones para interesarse por este libro. Simétricamente, se trata de un libro con dos objetivos entrelazados. En primer lugar es una obra dedicada a Reinhard Zimmermann, en segundo, se trata de un trabajo animado por la armonización del derecho de contratos. Quien esté interesado en la figura y obra de Zimmermann tiene una razón para leer este libro; quien se sienta atraído –a favor o en contra– por el proceso de armonización del Derecho europeo, otra.

1. ZIMMERMANN

Quiénes sean los juristas vivos más influyentes en Europa actualmente es una pregunta abierta a discusión, y cualquier enumeración que se intente arriesga el exceso o el defecto. En cambio, que Reinhard Zimmermann es uno de los juristas vivos más influyentes de Europa es cosa pacífica. Por eso hay buenas razones para agradecer a la Universidad de Lleida que le confirie-

ra el grado de doctor *honoris causa*, y al profesor Antoni Vaquer Aloy que editara este libro, en el que han quedado plasmadas las conferencias que tuvieron lugar en el Congreso donde se le confirió al grado tal profesor Zimmerman.

Las tres primeras contribuciones al libro pertenecen a los profesores Nils Jansen, Pascal Pichonnaz y Hector MacQueen respectivamente. La primera de ellas atestigua la importancia de Zimmerman para el Derecho Privado Europeo. Allí, el profesor Jansen considera a Zimmerman como el principal de los nombres del Derecho Privado Europeo actual. El primero de los juristas capaz de producir un cuadro histórico completo del Derecho Privado Europeo y vincular exitosamente tradición y continuidad, en términos tales de considerar los estudios históricos como un punto de partida para justificar la modernización del Derecho privado. La segunda contribución da noticia de los aportes del jurista alemán, a los estudios de Derecho Romano. Su autor, el profesor Pascal Pichonnaz se ocupa de advertirnos que Zimmerman instaló una nueva forma de aproximarse al estudio del Derecho Romano, disolviendo, de una parte, las barreras entre éste y el Derecho contemporáneo y, de otra, aquellas barreras que dividían el *common law* y el *civil law*. La tercera contribución enfatiza la importancia del jurista alemán para el Derecho escocés. El profesor Hector MacQueen da noticia de sentencias de los tribunales de ese país que han citado a este autor y no duda en considerarlo como «*a remarkable figure in Scots law*».

Un comentario aparte merece *The Law of Obligations*, la «breve» obra –según las palabras de su autor– de 1.241 páginas a la que se hace alusión en las tres contribuciones que configuran la primera parte de este libro. El profesor Jansen compara su experiencia con la lectura de este libro a la de San Pablo en Damasco; por su parte, el profesor Pichonnaz se refiere a los efectos que tuvo la obra en el estudio del Derecho Romano al que tuvieron las trompetas de Jericó. Junto a estas resonancias bíblicas, el profesor MacQueen informa acerca de dos sentencias escocesas en que ha sido citado y, si todo esto fuera poco, el libro posee un *alter ego* en una novela: *Portuguese Irregular Verbs*.

Ser una de las mayores –acaso la mayor– influencia del actual proceso de armonización del Derecho Privado Europeo es un logro que, quizás, valga toda la vida académica de una persona. Lo mismo se puede decir, ciertamente, de revolucionar el estudio del Derecho Romano. Pero, hacer ambas cosas y, además, ser una *remarkable figure in Scots law*, es, desde todo punto de vista, un exceso. Se trata, sin embargo, de uno de esos excesos, de tan extraña ocurrencia en la historia, que no sólo perdonamos, sino que, además, agradecemos profundamente.

2. MÁS ALLÁ DEL DCFR

La segunda parte de esta obra reúne un conjunto de estudios sobre temas de Derecho Privado Europeo relacionados con ciertos aspectos substantivos del *Draft of the Common Frame of Reference* (DCFR), preparado por el *Study Group on a European Civil Code* (*Study Group*) y el *Research Group on the Existing EC Private Law* (*Acquis Group*). Se trata de un amplio abanico de temas, que abarca desde contratos específicos hasta aspectos procesales de la armonización del derecho de contratos.

Tres de estas contribuciones tratan sobre contratos específicos. La primera de ellas pertenece a la profesora Ana Veneziano y se ocupa de la regula-

ción del contrato de compraventa. Su trabajo releva uno de los aspectos más desafiantes de la regulación de este negocio, a saber la tensión que existe entre proteger a la parte más débil y disponer de una regulación que facilite la actividad comercial. Desde luego existe acuerdo sobre algunos «tipos» de contratantes más débiles como los consumidores y allí no se duda acerca de la necesidad de protegerlos. Sin embargo, el problema que presenta la profesora Veneziano es si dicha protección debe extenderse a otros contratantes débiles no tipificados. Sobre esto, la autora advierte que el enfoque del DCFR en su regulación de la venta ha tendido a procurar el equilibrio entre la protección del contratante débil y la existencia de normas de derecho de contrato atentas a las necesidades de la actividad comercial.

El contrato de arrendamiento, de la mano del profesor Káre Lilleholt, es el tema de la segunda contribución. Específicamente el autor se ocupa de responder a dos preguntas. La primera de ellas es si existe algo así como un derecho europeo –es decir un conjunto de reglas compartidas por los países europeos– sobre arrendamiento que sirvan para resolver los problemas que este contrato presenta en la práctica. La segunda pregunta es acerca de la posibilidad de estas reglas. La respuesta a la primera pregunta es sencilla: no existen reglas comunes sobre arrendamiento a nivel europeo en términos que permitan hablar de un derecho europeo de contratos. La respuesta a la segunda pregunta es abordada por el autor presentando, con algún breve examen, los *Principles of European law on lease of goods*.

El tercer contrato específico que se examina en esta segunda parte es la donación. Se trata de una abigarrada exposición, a cargo del profesor Martin Schmidt-Kessel, sobre el contrato de donación en el Derecho Privado Europeo. Se trata, en general, de una descripción del trabajo del *Osnabrück Working Team on Gratuitous Contracts* sobre dicho contrato. Como advierte el autor, no existe una respuesta clara en el derecho europeo de contratos frente a la pregunta ¿qué es donación? En su aproximación al problema, según detalla Schmidt-Kessel, el *Osnabrück Working Team on Gratuitous Contracts*, ha considerado como aspectos a tratar la terminología y definiciones propias de este tipo de negocio, las restricciones que se le aplican, sus requisitos formales e ineficacia, las obligaciones que surgen de él y los remedios frente a su incumplimiento, y la revocación del donante. Se trata, según concluye el autor, de objetivos modestos: en primer lugar, establecer una terminología uniforme; en segundo, relevar las cuestiones que deben discutirse hacia el futuro.

Aún en temas de derecho de contratos –aunque esta vez dentro de la teoría general– se presentan tres trabajos, uno sobre el dolo en sede precontractual, otro sobre la relación entre nulidad o terminación de contratos y transferencia de propiedad, y un tercero sobre créditos garantizados.

En el primero de estos trabajos la profesora Gema Tomás, se detiene sobre un supuesto de reclamación por dolo (*fraud*), aquel en que únicamente se desea la indemnización de los daños y perjuicios, sin atacar la eficacia del contrato a cuya celebración se indujo fraudulentamente a la parte que ahora reclama la reparación pecuniaria. La tesis de la autora es que, frente a esta cuestión, los tribunales españoles han tomado una posición similar a la de los Principios Europeos de Derecho de Contratos y de otras iniciativas de armonización de derecho de contratos. La opinión de los tribunales españoles es ilustrada a través de la STS de 18 de enero de 2007.

Los profesores Isabel González Pacanowska y Carlos Díez Soto presentan la penúltima contribución está firmada por y examina la relación entre la invali-

dez y terminación de un contrato destinado a transferir la propiedad de un bien inmueble y sus efectos sobre el derecho de propiedad. El trabajo comienza describiendo los dos sistemas que organizan la relación entre la transferencia de propiedad y el contrato (aquellos consensuales y los que añaden la *traditio*), luego se ocupa de examinar el contexto europeo al respecto y contrasta, brevemente, el enfoque de los PECL con el del CDFR. En tercer lugar, los autores se ocupan de los contratos nulos y anulables en relación a la transferencia de la propiedad dando noticia del enfoque propio de los PECL y del derecho español al respecto. En cuarto lugar, el trabajo se ocupa de la relación entre la terminación del contrato y la transferencia de la propiedad. La conclusión de los autores es que la determinación de las consecuencias de la invalidez y la terminación del contrato no debe basarse en reglas generales, sino que es necesaria una labor dogmática de construcción de grupos de casos donde se consideren todos los intereses involucrados.

El profesor Gerard McCormack trata el tema de los *credit securities*, es decir, créditos garantizados a través de derechos preferentes sobre activos (bienes muebles) del mutuario. El trabajo se divide en dos partes. La primera de ellas está dedicada a la discusión acerca de la necesidad de un código europeo de contratos o de un marco común de referencia. La segunda parte se ocupa de múltiples aspectos relacionados con la regulación de los *credit securities*, así, por ejemplo, su justificación, alcance, convivencia con otros acreedores, publicidad, y reglas de prioridad.

El derecho de daños es la materia de la sexta contribución. En ella, el profesor Willem van Boom examina críticamente la armonización del derecho de daños, expresando severas reservas al respecto. No existen –no al menos con la intensidad suficiente–, en opinión del autor, en esta área las razones de carácter económico que se encuentran en la base de la armonización del derecho de contratos. Sin embargo, esta objeción, es en términos generales y no obsta a la armonización de ciertas áreas del derecho de daños, se trata de lo que Van Boom denomina un *compartmentalized approach*. Así, por ejemplo, existen áreas donde a través de Directivas se ha procurado una cierta uniformidad, es el caso, entre otros, de la responsabilidad por productos defectuosos, los daños medioambientales, las prácticas anticompetencia o la responsabilidad de los transportistas. En conjunto con estas áreas, el autor identifica otros ilícitos que serían buenos candidatos a la armonización legislativa, por ejemplo, algunos ilícitos económicos como los relacionados con la propiedad intelectual, ilícitos relacionados con la seguridad en los servicios de turismo, o ilícitos relacionados con los accidentes de tráfico. En conjunto con esto, Van Boom da cuenta de algunos ilícitos respecto de los cuales no se justifica la armonización, es el caso de los daños personales (*personal injury*), la responsabilidad de los empleadores por accidentes laborales, algunos daños relacionados con la actividad empresarial como los derivados de la huelga o el *lock-out* y la responsabilidad objetiva.

Entre los contratos y los daños habita el enriquecimiento injusto. El profesor Jan Smits presenta un trabajo articulado a partir de una discusión sobre los recientemente publicados Principios europeos sobre enriquecimiento injusto (*Unjustified Enrichment, Principles of European Law*, by Stephen Swann and Christian von Bar, Edited by Study Group on a European Civil Code). El trabajo se enfoca hacia la necesidad y función de reglas sobre enriquecimiento injusto en un documento como el DCFR. Con este cometido se presta atención a la estructura de sus reglas sobre enriquecimiento injusto; a las similitudes y diferencias de estas reglas a nivel europeo y se cuestiona la necesidad de armo-

nizarlas, señalando que el objetivo de dicho proceso respecto del enriquecimiento injusto debería ser modesto, limitándose a establecer principios, no reglas detalladas.

El profesor M. J. de Waal, a través de su contribución, intenta de responder a dos preguntas. La primera de ellas es cuál es el estado actual de un derecho europeo de *trust*. La segunda se refiere a si acaso estamos comenzando a presenciar los contornos de una nueva fase del desarrollo de esta área. Respecto de la primera pregunta, la respuesta es que la estructura básica del *trust* propio del *common law* es perfectamente compatible con los principios propios del derecho continental. Respecto de la segunda pregunta, la respuesta más concisa se encuentra en la conclusión del autor, según la cual nos encontramos en la frontera de un derecho europeo de *trust*, eso siempre que ya no hayamos cruzado, inadvertidamente, dicha frontera.

Rosa Miquel Sala, de la Universität de Bayreuth, firma la última contribución y, a través de ella, busca mostrar que la armonización de las leyes procedimentales civiles a nivel europeo surge como un corolario necesario de la armonización substantiva. En su breve extensión el trabajo intenta dar una visión panorámica del derecho procesal europeo, de las formas en que el derecho procesal ha tomado un cariz europeo, compara las diversas estrategias que se han empleado en la búsqueda de un derecho europeo, tanto a nivel substantivo como procedural y, finalmente, dedica algunos párrafos a la relación entre derechos fundamentales y derecho procesal.

En fin, para quienes con mayor o menor fortuna, se dedican al estudio del Derecho privado en Europa corren tiempos interesantes. La segunda parte de este libro lo evidencia en forma muy elocuente. Según la posición que se asuma en este punto, se debe culpar o agradecer vigorosamente de ello a Reinhard Zimmerman.

Iñigo DE LA MAZA GAZMURI
Universidad Autónoma de Madrid

SERIO, Mario, *Studi comparativi sulla responsabilità civile, collana Diritto Privato Comparato a cura di Mario Serio*, Torino, Giappichelli, 2007, 130 pp., ISBN 978-88-348-7502-5.

El manual es de extrema utilidad para quienes se acerquen por primera vez al estudio de la responsabilidad civil desde una perspectiva de Derecho comparado. Se divide en dos partes. La parte I, dedicada a las nociones generales: injusticia, daño, deber de protección, *tort*. La parte II trata aspectos concretos de la responsabilidad civil y, muy especialmente, el daño puramente económico. El manual se adecua perfectamente a la enseñanza de la materia en un curso monográfico de Derecho privado comparado que, en el nuevo sistema de créditos, debe necesariamente ser breve. La parte III consta de materiales de trabajo, que se incorporan en un CD. Tras hacer un repaso del debate moderno sobre la responsabilidad civil en Italia, el autor se concentra en las razones culturales de la relectura del artículo 2043 CC italiano en su «dimensión constitucional». Además, explica los aspectos característicos de la regulación de los actos ilícitos en Francia, Alemania, Italia y, especialmente, en Inglaterra. Serio describe el «*policentrismo de responsabilidad civil inglesa*», es decir, la pluralidad de supuestos de hecho (accidentes en la calle, injurias, difamaciones, diagnósticos médicos incorrectos, venta de cosa

ajena, etc.) que puede comprender la responsabilidad civil, a partir de un método de análisis inductivo. En la parte especial, narra la evolución histórica de los *torts* y la compleja cuestión del impacto del Derecho europeo en el Derecho de *torts* inglés, a través de la *Human Rights Act* (1998), *Section 3* y *Section 4*. El estudio de las *pure economic losses* se centra en el análisis del caso *White v. Jones* (1995) (pp. 96 ss). Las conclusiones de Derecho comparado tienen carácter general y ya se anticipan en la primera parte del manual (p. 40 ss). El autor sostiene que todos los ordenamientos considerados traen causa de la *lex aquilia*, como norma que prescribe un deber general de respetar los derechos e intereses ajenos (*alterum non laedere*) y cuya infracción genera un deber de indemnizar, aunque, naturalmente, existen muchos elementos de distinción entre los distintos sistemas considerados, puesto que no coinciden siempre los deberes infringidos, ni las condiciones exigidas para entender que tal infracción existe.

Como se ha dicho al comienzo, se trata de un manual y, por tanto, no tiene pretensión de exhaustividad. Pero es un punto de partida muy válido para iniciar al lector en el estudio de la responsabilidad civil en clave comparativa.

Barbara PASA
Università degli Studi di Torino

PFEIFFER, Thomas (Hrgs.), *Analyse verbraucherpolitischer Defizite beim Erwerb von teilnutzungsrechten-Teil 2. Landesberichte zum Stand der Umsetzung der Richtlinie 94/47/EG in Österreich, Frankreich, Großbritannien, Spanien, Italien und den Niederlanden*, Baden-Baden, Nomos Verlag, 2008, 218 pp., ISBN 978-3-8329-3269-5.

Es sabido que la revisión del *acquis communautaire* incluye una reforma de la actual Directiva 94/47 sobre *timesharing*. El pasado 7 de junio de 2007, la Comisión adoptó una propuesta [COM(2007) 303 final] *on the protection of consumers in respect of certain aspects of timeshare, long-term holiday products, resale and exchange* que no sólo modifica ciertos aspectos de la Directiva 94/47 sino que, además, amplía considerablemente su ámbito de aplicación a los paquetes turísticos y nuevas modalidades de vacaciones que, hasta la fecha, se comercializaban con el claro propósito de eludir las disposiciones de la directiva. En este contexto debe situarse el libro que ahora se comenta, que es una parte del estudio que elaboró el *Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht* de la Universidad de Heidelberg, con el fin de orientar la toma de decisiones por parte del *Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft y Verbraucherschutz*, a la hora de proponer reformas del texto comunitario.

En su mayor parte, el libro constituye una recopilación de seis informes que explican la forma en que la transposición de la Directiva 94/47 se ha llevado a cabo en Austria (Brigitta Jud), Francia (Stephanie Rohlwing-Dijoux), Gran Bretaña (Annette Nordhausen), España (Alicia Arroyo y Miguel Gómez-Jené), Italia (Stefano Troiano) y los Países Bajos (Viola Heutger y Bastian van der Velden). Se analizan los problemas de aplicación de las normas nacionales de transposición, incluidas las de conflicto y competencia judicial internacional, y se incluyen reflexiones sobre la necesidad de modificar y/o ampliar los contenidos de la Directiva, especialmente en cuanto al

destinatario de la protección, el objeto del contrato, el límite temporal de duración tanto del contrato como del concreto turno de aprovechamiento, y otras cuestiones relativas al régimen jurídico de la conclusión del contrato (vgr: necesidad de reformular los deberes de información, conveniencia de plazos de reflexión [*cooling-off periods*] antes de la firma del contrato, alargamiento del plazo para ejercer el derecho de desistimiento) y su ejecución (lengua que debe ser utilizada, posibilidad de contratar un seguro para hacer frente al riesgo de insolvencia). Significativamente, los juristas que participaban en la elaboración de los cuestionarios nacionales debían pronunciarse también sobre la conformidad con la directiva de ciertos preceptos del Derecho alemán (§ 355, I, 1; § 355, II, 2 BGB; § 29 a EGBGB; § 2 I Nr. 5 d BGB-InfoV). Todos los *reports* se han elaborado sobre la base de un cuestionario previo muy detallado, lo cual, junto a la utilización de una única lengua, dota al libro de una gran homogeneidad y de gran interés práctico, que hubiera sido todavía mayor si los ordenamientos jurídicos tomados en consideración hubiesen sido más numerosos.

Los informes nacionales vienen precedidos de la contribución de Thomas Pfeiffer y Peter Boss, que introduce al lector en la problemática, resume sucintamente los resultados del análisis comparado y los valora a base de contrastarlos tanto con la normativa alemana vigente como con la propuesta de Directiva. Esto último permite observar qué peso han tenido las propuestas del Instituto de Heidelberg. De ellas da cuenta, con mucho más detalle, un volumen anterior a éste que ahora se comenta. *Vid.* Thomas Pfeiffer, Burkhard Hess, Martin Gebauer, Boris Schinkels, Peter Boss, *Analyse verbraucherpolitischer Defizite beim Erwerb von Teilnutzungsrechte*. Schriftenreihe Angewandte Wissenschaft, Heft 515, des Bundesministeriums für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Verlagsgesellschaft W. E. Weinmann, Filderstadt, 2007.

Casi todos los ordenamientos jurídicos coinciden en la ausencia de déficit de transposición de la actual Directiva, pero debe inmediatamente añadirse que, en muchos casos, eso es así después de sucesivas reformas (vgr. en España o Italia). Además, a veces es difícil realizar un juicio de valor objetivo (Jud, 62 y 73-74; Rohlfing-Dujoux, 88-89). La percepción de los autores a la hora de apreciar la bondad de algunas propuestas de cambio, para colmar posibles déficit de protección de la actual directiva, no es necesariamente coincidente. Así, mientras que los juristas alemanes celebran la ampliación de su ámbito de aplicación a los bienes muebles (Pfeiffer-Boss, 27-28), ni los franceses (Rohlfing-Dujoux, 95), ni los españoles (Arroyo/Gómez Jené, 159) lo estiman necesario. En España, quizás podría alegarse ahora en pro de su conveniencia el argumento adicional que proporciona el artículo 554-2,2 del Código civil de Cataluña que, a diferencia del Derecho estatal, sí que admite la posibilidad de constituir una comunidad de propietarios sobre bienes muebles en régimen de tiempo compartido (art. 554-2,2 CCC). Ligeramente distintas son también las aproximaciones en torno al problema de la información que el vendedor debería suministrar al adquirente, que la propuesta de directiva no sólo mantiene sino que, además, incrementa. En general, no se considera que el problema esté en la cantidad de la información suministrada (pero *vid.* Jud, 66), cuanto en la necesidad de concreción, presentación estructurada e inteligibilidad de la misma. Menos unanimidad existe a la hora de apreciar si el plazo de diez días previsto en la actual Directiva es suficiente. Heutger/Van der Velden son los únicos que taxativamente afirman que sí (pp. 211-212); Troiano cree que debería ser más amplio sólo en relación con

determinados tipos de contratos (p. 188); Nordhausen estimaría correcta una armonización a nivel comunitario que se situara en los catorce días, que es el plazo que otorga la ley inglesa (pp. 137-138), a lo que no se opondrían Arroyo/Goméz-Jené para España, en donde sólo se contempla un plazo de diez días (pp. 163-164); Jud claramente propugna un plazo más largo (p. 67) –a pesar de que la ley austriaca prevé uno de 14 días– por entender que es poco probable que el adquirente que concluye el contrato en su lugar de vacaciones esté en condiciones de ejercer su derecho antes de volver a su país. En esta línea, Rohlfing-Dujoux reconoce también la viabilidad del argumento, pero advierte de la conformidad con el plazo por parte de los destinatarios franceses de la norma de transposición, que es de diez días, igual que en la Directiva (p. 100). La solución de compromiso adoptada en la propuesta de Directiva de la Comisión es de catorce días (plazo imperativo), frente a los veintiocho que inicialmente solicitaba el Parlamento Europeo (críticos, Pfeiffer-Boos, pp. 34-35) y que, actualmente, parece fijarse en torno a los veintiuno (aprobación de la Propuesta de la Comisión por el Parlamento Europeo en primera lectura, de 19 de mayo de 2008). De aprobarse este último plazo, se prescindiría también del plazo general establecido en el artículo 5:103 (1) ACQP (e igualmente del *long stop*, que en los ACQP es de un año y que la Propuesta de Comisión establecía en tres meses).

Habría muchos otros ejemplos, pero aquí muy poco espacio para confrontarlos. Es tarea que queda para el lector que, sin duda, encontrará en este libro un magnífico ejemplo de colaboración entre juristas en pro de la armonización del Derecho en Europa. Su utilidad es evidente y no sólo para el legislador europeo.

Esther ARROYO I AMAYUELAS
Universitat de Barcelona

Miscelánea

ESTHER ARROYO AMAYUELAS*

Consejo Europeo de Bruselas, 18 y 19 de junio de 2008 (Bruselas, 17 de julio de 2008, 23.07) (OR. en) 11018/1/08 REV 1 CO_CL 2).

La conclusión número 19 se refiere a las actuaciones para reforzar la cooperación judicial en materia de Derecho Civil, incluido el Derecho de familia. El Consejo pide que continúen, tras lo que califica de efectos positivos que han tenido sobre la vida de los ciudadanos los avances en materia de mediación en el ámbito civil y mercantil, ley aplicable a las obligaciones contractuales, responsabilidad parental y a la protección de los niños. El Consejo Europeo compele a continuar los trabajos y por eso pide que el Reglamento sobre obligaciones de alimentos se adopte antes de que acabe 2008, que se encuentre rápidamente una solución política respecto del Reglamento sobre la competencia y la ley aplicable en materia matrimonial, y que la Comisión a que presente su propuesta sobre testamentos y sucesiones antes del término de 2008.

El papel del juez nacional en el sistema judicial europeo: dos informes y propuestas de resoluciones del Parlamento Europeo, de 4 de junio de 2008 y de 22 de septiembre de 2008.

El informe del Parlamento sobre el papel del juez nacional en el sistema judicial europeo, de 4 de junio de 2008 (A6-0224/2008), ponente, Diana Wallis, es un interesantísimo estudio sobre la necesidad de reforzar tanto la formación de los jueces en el Derecho comunitario y lenguas extranjeras, como la de mejorar la estructura judicial en el ámbito de la Unión Europea. La finalidad es destacar y fomentar la importancia de los jueces nacionales en este último. El informe incluye los resultados de una encuesta realizada por la ponente el 18 de julio de 2007, que incluye el análisis de 2.300 cuestionarios, previamente remitidos a los jueces nacionales y cumplimentados en ocho lenguas comunitarias. Se recibieron respuestas de los 27 Estados miembros, aunque la mayoría de las respuestas analizadas procedían de Alemania (44 por 100), Polonia (19 por 100), Francia (6 por 100), Bulgaria (6 por 100), Eslovenia (5 por 100) y Austria (4 por 100). Los órganos jurisdiccionales implicados fueron, principalmente, en asuntos de la administración, finanzas, sociales y laborales. En relación con este documento, *vid.* igualmente el 24.º Informe de la Comisión sobre la aplicación del Derecho comunitario [2008/2046(INI)] y la Propuesta de proposición del Parlamento Europeo, de 22 de septiembre de 2008 (A6-0363/2008). Ponente: Lidia Joanna Geringer de Oedenberg.

* Profesora Titular de Derecho Civil. Universitat de Barcelona.

Informe y Propuesta de resolución del Parlamento Europeo, de 17 de septiembre de 2008, sobre el documento de la Comisión «Legislar mejor 2006», de conformidad con el artículo 9 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (A6-0355/2008). Ponente: Manuel Medina Ortega.

El Parlamento apoya el objetivo de la Comisión de mejorar la calidad de la legislación comunitaria y reducir la carga legislativa y es partidario de una legislación basada en principios y centrada en la calidad, antes que en la cantidad. Hace hincapié en la importancia de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Con todo, lamenta que la Comisión siga elaborando documentos diversos relacionados con la simplificación y con «legislar mejor» que contienen listas no coincidentes de iniciativas de simplificación. Un aspecto a destacar es la necesidad, en opinión del Parlamento, de contar con análisis de costes y beneficios en la transposición de las directivas al Derecho nacional. Cree que tales evaluaciones objetivas de impacto deben basarse parcialmente en una consulta temprana y extensa con los interesados e insta a la Comisión a que en sus evaluaciones de impacto incluya un número suficiente de supuestos y opciones políticas distintas (entre ellas, si es necesario, la de «no hacer nada») como base para unas soluciones rentables y duraderas. Además, expresa sus reservas sobre la oportunidad de fomentar la auto-regulación y la corregulación, porque considera que éstas pueden acabar traduciéndose en una especie de «abstención legislativa» que favorezca sólo a los grupos de presión y a los actores poderosos en la vida económica. Cree que los reglamentos siguen siendo la forma más sencilla de lograr los objetivos de la UE y de proporcionar seguridad jurídica tanto a las empresas como a los ciudadanos. Además, amonesta a la Comisión por su retraso en las iniciativas de codificación y le insta a que presente todas las iniciativas anuncias. Confirma, en todo caso, su deseo de que la Comisión adopte la refundición como técnica legislativa ordinaria, aun cuando se proponga la «revisión» de los textos vigentes, con el fin de disponer, para cada iniciativa, de una visión completa del texto, incluidas las modificaciones específicas, indicando claramente las partes nuevas y las que permanecen inalteradas. Pide asimismo a la Comisión que tenga presente que, cuando no sea posible la refundición, la técnica legislativa ordinaria prevea la codificación, en un plazo de seis meses como máximo, de las sucesivas modificaciones del acto legislativo en cuestión. Entre otras consideraciones, el Parlamento considera que la transposición de la legislación comunitaria debería ser objeto de un verdadero seguimiento activo, con el fin de evitar interpretaciones divergentes y la sobre-regulación. Por eso pide a la Comisión que desempeñe un papel activo en el procedimiento de transposición, junto con los supervisores y los grupos de expertos, tanto a escala comunitaria como nacional, puesto que el análisis en una fase temprana puede evitar retrasos y cargas innecesarias para las empresas y sugiere, una vez más, que el Parlamento establezca un procedimiento adecuado de seguimiento de la transposición, en estrecha cooperación con sus homólogos nacionales. El Parlamento reitera la necesidad de reducir las cargas administrativas innecesarias que soportan las empresas para ajustarse a las obligaciones de información previstas tanto por la legislación europea como por las disposiciones nacionales de aplicación y acentúa la necesidad de nuevos esfuerzos para simplificar la interacción de la Comisión con los ciudadanos, por ejemplo en los ámbitos de la contratación pública, los servicios financieros, los programas de investigación, las disposiciones

relativas a las ayudas estatales y las solicitudes de subvención con cargo a fondos comunitarios. Finalmente, recuerda la importancia de utilizar razonablemente las «cláusulas de revisión» con objeto de garantizar la continua pertinencia de la legislación.

Preguntas parlamentarias

Pregunta oral con debate, de conformidad con el artículo 108 del Reglamento de Klaus-Heiner Lehne, en nombre de la Comisión de Asuntos Jurídicos a la Comisión, 11 de junio de 2008 (O-0072/08), sobre el Marco Común de Referencia para el Derecho contractual europeo.

[...] ¿Cómo garantizará la Comisión que el proyecto de Marco Común de Referencia esté disponible en el mayor número de lenguas para que todas las partes interesadas puedan tener acceso? ¿Qué medidas ha aplicado la Comisión para coordinar el trabajo de todas las direcciones generales implicadas en la preparación del Libro blanco sobre un Marco Común de Referencia? ¿Cómo garantizará la Comisión que el resultado de los seminarios sobre el Marco Común de Referencia recientemente organizados quede reflejado en el Libro blanco? ¿Está de acuerdo la Comisión con que no es necesario excluir ningún contenido o material del proyecto de Marco Común de Referencia en caso de que el Marco Común de Referencia constituya una herramienta legislativa no vinculante? ¿Está de acuerdo la Comisión con que el Marco Común de Referencia podría convertirse en un instrumento optativo limitado a aquellos ámbitos en los que el legislador comunitario ha sido o probablemente será activo o a aquellos que estén estrechamente vinculados con el Derecho contractual? ¿Cómo implicará la Comisión al Parlamento en un proceso de selección? ¿Cómo prevé la Comisión mantener al día el Marco Común de Referencia?

Pregunta oral, para el turno de preguntas del período parcial de sesiones de julio de 2008 de conformidad con el artículo 109 del Reglamento de Baroness Sarah Ludford a la Comisión, 3 de junio de 2008 (H-0468/08), acerca del no reconocimiento de las uniones civiles del Reino Unido en Francia y viceversa.

Según información recibida de ciudadanos, las uniones civiles del Reino Unido no son reconocidas por las autoridades francesas como un estatuto equivalente al del matrimonio y ni siquiera al del PACS (*Pacte Civil de Solidarité*). Además, las parejas registradas como uniones civiles en el Reino Unido no pueden trasladarse a Francia y registrarse como PACS porque necesitan un «*certificat de coutûme*» que demuestre que sus miembros no forman parte ya de una unión civil/matrimonio/PACS en el Reino Unido. En caso de defunción de uno de los miembros de una unión civil, las autoridades francesas aplicarán un impuesto del 60 por 100 al miembro supérstite, que carecerá de derechos de conformidad con la legislación francesa. Si un nacional francés desea formalizar un PACS con un nacional británico en la embajada francesa en Londres, no se exigirá el «*certificat de coutûme*», aun cuando ya constituyan una unión civil en el Reino Unido. Asimismo, en el artículo 25 del Convenio de doble imposición entre Francia y el Reino Unido se estipula que los nacionales de Francia y el Reino Unido no habrán de recibir un trato diferente en materia fiscal si se encuentran en la misma situación. ¿No opina

la Comisión que la situación descrita obstaculiza la libre circulación de los ciudadanos y sus familias y que los diferentes requisitos relacionados con el «*certificat de coutûme*» y las normativas fiscales constituyen una discriminación basada en la orientación sexual? ¿Qué piensa hacer la Comisión para resolver esta situación? ¿Solicitará a los Estados miembros en cuestión que garanticen el reconocimiento mutuo de los contratos para asegurar la libre circulación de los ciudadanos de la UE?

Vida jurídica. Reseña de congresos y Seminarios en materia de Derecho Privado Europeo

**BOSCH CAPDEVILA, Esteve/GIRGADO PERANDONES, Pablo/IBO-
RRA GRAU, M.^a Concepción/RICART MARTÍ, Encarnació (Dirs.),
Congreso de Derecho Contractual Europeo, Tarragona, 23 y 24 de
octubre de 2008.**

Los días 23 y 24 de octubre de 2008 tuvo lugar en la Universitat Rovira i Virgili el Congreso de Derecho Contractual Europeo, organizado conjuntamente por el Departamento de Derecho Privado, Procesal y Financiero de la Universitat Rovira i Virgili y por el Decanato Autonómico del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Cataluña. La celebración del Congreso estuvo teñida por un triste acontecimiento, la muerte inesperada del Profesor Joan Miquel, catedrático emérito de Derecho Romano de la U. Pompeu Fabra, al cual los asistentes honraron con un minuto de silencio y cuya figura fue recordada en algunas de las intervenciones.

El Congreso se centró en dos temas de gran actualidad:

a) Por un lado, el *status quo* de la armonización del Derecho Privado Europeo en materia contractual. Como se sabe, en el año 2003 la Comisión Europea definió sus objetivos, que centró en la consecución de un Marco Común de Referencia (2003/C 63/01) (MFR). Para llevar a cabo esta tarea, se constituyó en 2004 la *Joint Network on European Private Law* dentro del 6.^º Programa Marco [COM (2004) 651 final], que aglutinó a diversos grupos de investigación y, entre ellos, el *Study Group on a European Civil Code* y el *Acquis Group*. El resultado del intenso trabajo llevado a cabo por los académicos cristalizó en el Borrador del MFR, que vio la luz a principios de 2008. Este texto fue apoyado expresamente por el Parlamento Europeo en septiembre de 2008 (B6-0374/2008). A finales de 2008 se espera la versión definitiva del MFR y la valoración de la Comisión.

b) Por otro, el proceso de codificación del Derecho civil catalán, que se inició con la promulgación de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, por la que entró en vigor el libro I del Código Civil de Cataluña. Posteriormente, se han integrado en el CC de Cataluña los libros quinto (2006), tercero (2008) y cuarto (2008), relativos a los derechos reales, las personas jurídicas y las sucesiones, respectivamente. La conveniencia de la aprobación del libro VI, relativo a las obligaciones y contratos, se encuentra en fase de debate y discusión. El MCR puede ser una fuente de inspiración para el legislador catalán.

La sesión inaugural del Congreso fue presidida por el señor Josep Villa-real, Secretario General del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya. Habló a continuación el Profesor Jorge Adame Goddard. Su conferencia «Bases doctrinales para un derecho contractual internacional», planteó la necesidad de recuperar la concepción del derecho como una ciencia que, por definición, según el ponente, es universal. Su definición de contrato como convenio capaz de crear obligaciones generó un avivado debate.

El Congreso se dividió en cuatro sesiones claramente diferenciadas:

a) La primera, sobre globalización y contratación, fue presentada y moderada por el Profesor Ramón Viñas i Ferré, catedrático de Derecho internacional privado de la Universitat de Barcelona. Los conferenciantes fueron el Dr. Joaquim Forner Delaygua, catedrático de Derecho internacional privado de la Universitat de Barcelona, que trató sobre «La ley aplicable a los contratos internacionales»; y el Dr. Sixto Sánchez Lorenzo, catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada, que habló sobre «La unificación del derecho contractual y su problemática: la respuesta de la UE». Forner analizó los artículos 3 y 4 del reciente Reglamento Roma I (CE 593/2008) y los comparó con el Convenio de Roma I. Además, incidió principalmente en los tipos autónomos y en los contratos complejos, así como en la separación entre normas internacionalmente imperativas y las comunitarias. Sánchez Lorenzo puso el acento en los inconvenientes de una armonización, debido sobre todo a las diferencias culturales y jurídicas entre los Estados miembros. Cuestionó igualmente la competencia de la UE y expresó sus dudas en cuanto a la utilidad del MCR, por ser un modelo facultativo que no puede competir con el Derecho inglés, aunque sí puede servir de modelo para las legislaciones nacionales.

La sesión se cerró con la lectura de comunicaciones y el debate mediante turno abierto de palabras y, finalmente, una mesa redonda con el título: «Los operadores jurídicos ante la globalización en la contratación», presentada y moderada por el Dr. Joaquim Forner Delaygua. Intervinieron el señor Lluís Badia, abogado y ex presidente de la Autoritat Portuària de Tarragona; el señor Enrique Martínez Senabre, Registrador de la Propiedad; el señor Fernando de la Mata, abogado de Baker & McKenzie (Barcelona) y profesor asociado de ESADE; y el señor Rafael M.ª Muñoz, economista y director del Instituto Empresarial de Iniciativa y Innovación de la CEPTA.

b) La segunda sesión trató las principales propuestas armonizadoras en el derecho contractual. La presidió el profesor Jorge Adame Goddard y, en primer lugar, habló la profesora Isabel González Pacanowsca, catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Murcia, que explicó, de manera muy didáctica, el proceso de formación, el alcance y la utilidad de los Principios Lando, hoy refundidos, en parte, en el MCR. A continuación, la profesora Pilar Perales Viscasillas, catedrática de Derecho Mercantil de la Universidad de La Rioja, explicó los Principios Unidroit y destacó el éxito que han tenido en el arbitraje internacional. La ponente expresó su preocupación ante la pluralidad normativa en materia de contratación en el ámbito del *soft law*. Tras el debate, presidió las siguientes dos sesiones la Prof. Ana Giménez, quien cedió la palabra a la profesora Esther Arroyo i Amayuelas, profesora titular de derecho civil de la Universidad de Barcelona, que con su ponencia «La revisión sistemática del acervo comunitario (*Acquis Principles*)», dio a conocer el contenido de los *Acquis principles*, destacando su utilidad como ejercicio académico que no trata de innovar las reglas del Derecho comunitario, sino sólo mejorar su sistemática. Todavía en el contexto de la armonización legislativa, el Dr. Antoni Vaquer Aloy, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Lleida, explicó los avatares del Marco Común de Referencia. El ponente consideró que era probable que el MCR se convierta en un instrumento jurídico de carácter opcional.

A continuación se procedió a la lectura de comunicaciones, y al debate mediante turno abierto de palabras, que cerró la segunda sesión.

c) La tercera sesión centró en el análisis de algunos contenidos del MCR. La presidió y moderó el profesor Antoni Vaquer. El primer ponente fue el Dr. Antonio Manuel Morales Moreno, catedrático de Derecho Civil de la Universidad Autónoma de Madrid, que explicó «La regulación de la compraventa en el MCR». Como más destacable de su intervención conviene señalar la bondad de la solución por la que se decanta el MCR, que amplía el concepto de incumplimiento, haya o no imputabilidad al deudor, aunque con buen criterio limita la responsabilidad a la cuantía de la cosa. La segunda ponencia fue a cargo del Dr. Sergio Cámará Lapuente, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Rioja, con el título «El arrendamiento de bienes muebles en el MCR». Cámará destacó el acierto de la incorporación de esta institución al MCR, por ser un instituto que no todos los ordenamientos jurídicos contemplan, y valoró sus principales ventajas, a la vez que criticó, entre otros aspectos, la falta de un Registro de Bienes Muebles y la inclusión del *leasing* financiero en la regulación. A continuación tomó la palabra la profesora Jacobien Rutgers (*senior lecturer* en el Amsterdam Institute for Private Law de la Universiteit van Amsterdam), que explicó «Los contratos de distribución en el MCR». La ponente abordó analíticamente la estructura y contenido del libro IV del MCR y, prestó especial atención a los contratos mercantiles de Agencia, Franquicia y Distribución. Finalmente, fue la profesora Encarnació Ricart Martí (catedrática de Derecho Romano de la Universidad Rovira i Virgili) quien habló sobre «El enriquecimiento injustificado en el MCR». En su intervención realizó una interesante aproximación a la concepción del enriquecimiento injustificado en las fuentes romanas y en el Derecho comparado, lo cual le sirvió para analizar pormenorizadamente el libro VII del MCR. La conclusión de la profesora Ricart es que el MCR plantea una idea muy amplia de enriquecimiento injustificado, que el trato en relación al enriquecimiento de buena fe es mucho más riguroso que el trato al poseedor de buena fe en el Código Civil español, y que en general, la regulación adolece de un planteamiento excesivamente academicista que lo convierte en un instrumento poco útil en el tráfico jurídico.

A continuación se procedió a la lectura de comunicaciones, y al debate mediante turno abierto de palabras, que cerró la segunda sesión.

d) La cuarta y última sesión abordó el Derecho contractual europeo y el Derecho interno, con las intervenciones del Dr. Fernando Martínez Sanz, catedrático de Derecho Mercantil de la Universitat Jaume I, con la ponencia «¿Derecho contractual europeo y dualidad Código Civil - Código de Comercio?», y el Dr. Francisco Javier Gómez Gállego, registrador de la Propiedad adscrito a la DGRN y vocal permanente de la Comisión General de Codificación, con la ponencia, «La repercusión en el Derecho español de las propuestas de armonización del Derecho contractual europeo». La mesa fue presidida por el Dr. Pablo Girgado Perandones, profesor titular de la Universitat Rovira i Virgili. El profesor Martínez valoró la necesidad de evitar la coexistencia del Código civil y del Código mercantil, y consideró deseable la unificación, a pesar de los obstáculos que plantea tanto el reparto de competencias, como el entorno académico, que tiende a mantener las parcelas de poder. Seguidamente destacó la actual tendencia a la codificación en nuestro país a través del libro VI del CCC y el proyecto de elaboración de un nuevo Código de comer-

cio, que aleja la posibilidad de la deseada unificación de las normas mercantiles y las normas civiles en materia contractual. Finalmente, abordó la cuestión de los contratos celebrados con los consumidores en el actual Código de comercio. El Dr. Gómez Gállico expresó la voluntad del Ministerio de Justicia de que el MCR no sea vinculante para los Estados miembros y alabó sus virtudes (p. e., reducción de los plazos de prescripción o en materia de solidaridad pasiva). Además, puso énfasis en la necesidad de armonizar ciertos aspectos jurídico-reales, sobre la base que proporciona el Libro Blanco del Crédito Hipotecario de diciembre de 2007 (p. e., la potenciación de los procesos registrales de los Estados Miembros) y, finalmente, comentó la aportación a la unificación contractual derivada de la transposición de la Directiva de Servicios.

Con carácter previo a la clausura tuvo lugar una mesa redonda sobre el contenido del libro VI del Código Civil de Cataluña, presentada y moderada por el Dr. Pedro del Pozo Carrascosa, catedrático de Derecho Civil de la Universitat Rovira i Virgili. Intervinieron el señor Antonio Cumella, registrador de la Propiedad; el profesor Miquel Martín, catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Girona; el profesor Antoni Mirambell, catedrático de Derecho Civil de la Universitat de Barcelona; y el señor Francesc Torrent, notario. Se trataron diversos temas, entre los cuales destacamos: la falta de definición, por parte del legislador estatal, del concepto de «Bases de las obligaciones contractuales», que impide al legislador catalán determinar con exactitud el contenido del futuro libro VI; la forma de elaborar este libro, que puede limitarse a incorporar las instituciones previamente reguladas en la Compilación, o redactarse *ex novo*, con nuevos institutos.; la necesidad de tener en consideración los ordenamientos de nuestro entorno; y la proyección internacional de los trabajos del grupo encargado de su redacción, a través de su publicación en lengua inglesa. También intervinieron representantes políticos de diversos ámbitos, como el señor Salvador Milà, de Iniciativa per Catalunya-Els Verds.

La clausura del Congreso fue a cargo del señor Antonio Cumella Gaminde, presidente del Deganat Autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya.

Tal y como puede observarse, el Congreso combinó una perspectiva tanto autonómica como internacional, y lo hizo no sólo desde una perspectiva puramente civil, sino también multidisciplinar, es decir, desde la óptica del Derecho Romano, el Derecho internacional privado y el Derecho mercantil. Se dieron cita unos 200 asistentes, procedentes de toda España y de condiciones diversas: abogados, profesores, notarios, Registradores de la Propiedad, otros prácticos del Derecho, y estudiantes de la Facultad Rovira i Virgili. Ello contribuyó a un debate provechoso, dada la pluralidad de enfoques que se dieron cita. Además, se presentaron un total de 14 comunicaciones, previamente seleccionadas por el Comité Científico. El Congreso ha servido para poner de manifiesto las virtudes y deficiencias del MCR y, sobre todo, para alentar el debate sobre la posible estructura y contenido del libro VI del Código Civil de Cataluña. La primera edición de este Congreso debe por fuerza tener continuidad, una vez que el MCR resulte aprobado por la Comisión y existan ya propuestas firmes de regulación de los contratos en Cataluña.

M.^a Carmen GÓMEZ BUENDÍA
M.^a Rosa ISERN SALVAT
Héctor SIMÓN MORENO
Universitat Rovira i Virgili

Ministerio de Justicia francés, esloveno, checho y sueco, en cooperación con el Colegio de Abogados francés y la colaboración de la Comisión Europea, *Quel Droit européen des contrats pour l'Union Européenne?* La Sorbonne, París, 23-24 de octubre de 2008.

El Congreso ha brindado la ocasión de discutir largo y tendido sobre los contenidos del Proyecto académico de Marco Común de Referencia (al cual se ha aludido en numerosas crónicas anteriores), entre los propios académicos y los representantes políticos de los Estados miembros y otras asociaciones de prácticos (los llamados *stakeholders*), tales como notarios, abogados y representantes de asociaciones de consumidores o de empresarios.

La Jornada inaugural contó con la participación de eminentes representantes políticos (R. Dati, J. Barrot, R. Marolt, T. Bocek, G. Graner) que, en su saludo de apertura, subrayaron el sentido de la *responsabilidad* y del *equilibrio* que cabía esperar en todos los participantes en la redacción del Marco Común de Referencia, con la finalidad de proporcionar *coherencia* y mayor *visibilidad* a la legislación europea. El representante del *Barreau de Paris* (M. Charrière-Bournazel) destacó la importancia, para el ejercicio de la profesión, de un debate abierto entre todos los abogados de Europa.

La primera mesa redonda de la mañana del día 23 estuvo integrada por algunos de los profesores universitarios que están directamente implicados en la elaboración del MCR. Se discutió sobre el Derecho contractual europeo en términos generales. O. Lando, «padre» de la armonización del Derecho contractual, desde que en los años 80 constituyera la Comisión para la redacción de los PECL, declaró no reconocer ningún valor a la fórmula de la «*unidad dentro de la diversidad*» porque, según él, encierra una *contradictio in terminis*. La experiencia demuestra que las reglas uniformes en el Derecho contractual europeo son útiles. También criticó la estructura del MCR académico, demasiado abstracta y general y, según él, *incomprensible* que, además, cubre demasiados ámbitos: desde el Derecho contractual hasta, incluso, algunos aspectos de la responsabilidad civil. Según Lando, el MCR debe quedar confinado únicamente al Derecho de contratos, con una clara separación entre las reglas contractuales y el resto. H. Beale, profesor a Warwick, y también implicado desde los años 80 en la redacción de los PECL, afirmó, por el contrario, que no veía la razón por la cual el MCR debería limitarse al Derecho contractual y excluir el ámbito de las obligaciones no contractuales (por ejemplo, el enriquecimiento injusto o la responsabilidad precontractual). En opinión de Beale, «*we need shared terminology*», de manera que el MCR podría constituir un diccionario multilingüe y, al mismo tiempo, una enciclopedia de Derecho comparado. Concebido así, el MCR podría ser una base útil para un futuro instrumento opcional (pero no, en sí mismo, *el instrumento opcional*). Es a los políticos a quienes corresponde la elaboración de este último (MCR político). B. Fauvarque-Cosson, profesora en la Universidad de París II, describió los «Principios revisados del Derecho contractual europeo», redactados por los académicos franceses y traducidos al inglés por un equipo coordinado por Fauvarque-Cosson y Mazeaud: «*European Contract Law, Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules*», Munich, Sellier, 2008. Fauvarque-Cosson propuso que tales principios revisados fueran el modelo a seguir en la redacción del MCR político. H. Schulte-Nölke, profesor en Osnabrück y representante del grupo *Acquis* [uno de los grupos que ha intervenido en la redacción del MCR académico; *vid.* crónicas anteriores] subrayó la importancia del proyecto aca-

démico porque éste contiene tanto reglas europeas como nacionales. Por lo demás, señaló la importancia de los valores y principios generales que gobiernan el proyecto y, por esa razón, propuso ampliar el actual MCR con los principios elaborados por el grupo francés, de manera que éstos no quedaran limitados a los tres conocidos sobre libertad, seguridad y lealtad.

La segunda mesa redonda puso el acento en los métodos y obstáculos en la elaboración del MCR académico. S. Saastamoinen, directora del Departamento «Justicia Civil» de la Comisión Europea, fue la portavoz de la Comisión. Según esta última, el MCR debe ser, bien una caja de herramientas, bien un contenedor de reglas fundamentales y principios, a partir de los cuales se debe promulgar un nuevo Derecho contractual europeo. Pero dejó claro que ni se trata de iniciar un proceso de codificación, ni mucho menos de elaborar un instrumento vinculante. La Comisión valorará los libros del MCR académico y escogerá los preceptos que considere útiles para llevar a cabo una reforma jurídica que ayude a mejorar la legislación existente; luego, reclamará un análisis sobre el impacto económico-social del proyecto y, sólo al final, propondrá la traducción del proyecto *político* de MCR a las 23 lenguas oficiales. Será un instrumento mucho menos extenso y mucho menos complejo que el actual MCR académico, en cuya aprobación intervendrá también el Parlamento y el Consejo europeos. A propósito de la naturaleza y finalidad del MCR académico, S. Whittaker, profesor en Oxford, defendió la idea de un «*European Constitutionalism of Multilingual Law*», que ayude a disminuir incertidumbres en la interpretación del Derecho. La interrelación entre conceptos nacionales y comunitarios, evidenciada en los comentarios que contiene el proyecto académico de MCR, resulta muy útil para reconstruir la coherencia conceptual y normativa, ya sea a nivel nacional, ya sea a nivel comunitario. Según Whittaker, el instrumento debería tener un carácter meramente facultativo, de manera que el TJCE siempre podría prescindir de sus definiciones y conceptos. Con tal afirmación final, la postura del ponente acabó siendo poco convincente puesto que, con un instrumento que sea absolutamente facultativo, no parece posible garantizar la coherencia que él mismo invoca. J. Ghestin, profesor emérito en la U. París I, se mostró crítico frente a la utilización de una sola lengua, el inglés, en los trabajos de los grupos europeos interesados en el MCR; por eso se ha ocupado de la traducción francesa de los primeros tres libros del MCR académico, que fue distribuida en el Congreso. Sobre la base de esa traducción, ilustró con algunos ejemplos la incoherencia terminológica en palabras como «contrato» o «acto jurídico». Alabó la precisión de la traducción francesa que, en su opinión, contribuye a eliminar incongruencias.

La tercera mesa redonda tuvo por objeto el análisis del MCR político y, con él, la visión de las instituciones europeas. D. Wallis, vicepresidenta del Parlamento Europeo, expresó el favor que éste dispensa a un instrumento amplio y coherente, que vaya más allá de la simple tutela del consumidor y que, en general, esté al servicio de los ciudadanos de la Unión. Afirmó que la discusión política es absolutamente necesaria, puesto que el Derecho civil es expresión de valores sociales, de manera que si no existe un acuerdo sobre los mismos nunca será posible adoptar un instrumento, ni siquiera opcional. Coincidieron con la afirmación según la cual el Derecho civil no puede despolitizarse, J. Toubon, diputado europeo, y P. Fombeur, directora de Asuntos civiles.

La cuarta mesa redonda trató los aspectos políticos del MCR académico y desveló las opciones de política jurídica que subyacen en la redacción de

este proyecto. Los ponentes (G. Alpa, portavoz del Consejo Nacional de la Abogacía italiano; L. Linnainmaa, Eurocámaras), resaltaron las intervenciones de N. Jansen, profesor en la U. Münster, y de C. von Bar, profesor en la U. Osnabrück. El primero [coautor, junto con R. Zimmermann, de un artículo crítico sobre el tema, *vid. Modern Law Review*, vol. 71, núm. 4, pp. 505-534] sostuvo que el MCR académico *no sirve para nada*, ni siquiera para su traducción, porque le falta legitimación democrática y autoridad. Los miembros del grupo de investigación han sido elegidos por cooptación, la representación alemana es excesiva, los criterios de política jurídica no han sido claramente expuestos: en otras palabras, se debe recomenzar de nuevo. Por el contrario, según Von Bar, lo que él llama «*official CFR*» (que no es ni académico, ni político, sino el único que existe y, por tanto, el único sobre el cual es posible la discusión en la actualidad) es un instrumento indispensable desde distintos puntos de vista: atribuye reglas modelo, no demasiado abstractas y no sólo en material contractual; proporciona una terminología jurídica uniforme, esencial para comprender las reglas modelo; además, proporciona notas explicativas y comentarios de Derecho comparado muy útiles a nivel nacional a la hora de guiar al juez y al legislador en la comprensión de las reglas modelo. Von Bar entiende que no es posible reducir el MCR a un mero diccionario multilingüe, aunque, ciertamente, el desarrollo de un lenguaje jurídico que pueda ser traducido en las 23 lenguas oficiales es un objetivo a alcanzar. Para concluir, se mostró de acuerdo con la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, que defendía la creación de un instrumento para legislar mejor que fuera lo más amplio posible, es decir, incluyendo también la regulación de las obligaciones extracontractuales.

El segundo día del congreso se dedicó a determinados aspectos concretos del MCR académico. La mesa redonda de la mañana se dedicó a los aspectos sobre formación del contrato (negociación y conclusión). Tomaron la palabra J. Rochfeld, profesora en la U. París I; R. Schulze, profesor en la U. Münster; B. Vatier, abogado en París; P. Limmer, notario en Würzburg, y J. Gernandt, abogado en Estocolmo. Los primeros ponentes forman parte del *Acquis Group* y en tal calidad han contribuido a la redacción del MCR académico. Desde su punto de vista privilegiado dieron testimonio de dos perspectivas muy distintas. Rochfeld se hizo eco de las preocupaciones del mundo profesional en torno a la formación del contrato, de un modelo que «desaparece» (textualmente) durante la fase de formación. La ponente analizó la cuestión del derecho de desistimiento, tal y como viene regulado en la Propuesta de directiva sobre los derechos de los consumidores [Bruselas, 8 de octubre de 2008, COM(2008) 614 final, 2008/0196 (COD)] y su impacto en los libros 3 y 5 del MCR académico, suponiendo que se acabe aprobando tal y como está configurada. Schulze criticó de manera significativa el actual MCR académico (en cuya redacción, por otra parte, ha participado). En particular, criticó el recurso a principios generales como la buena fe, que en su opinión debería limitarse exclusivamente a la fase precontractual, y propuso la adopción del concepto de «causa» del contrato, adhiriéndose así al modelo francés de *cause* y, sobre todo, propuso adoptar un modelo dualista, separando netamente el derecho general de contratos de los contratos con consumidores, también en este caso siguiendo el modelo francés. Los honores dispensados al país que ha acogido el Congreso siguieron en boca de los dos ponentes sucesivos, dos prácticos del Derecho. Tanto el notario de Würzburg como el abogado de Estocolmo se mostraron contrarios a un instrumento que contuviera reglas

modelo demasiado detalladas, porque eso resulta demasiado complejo para los profesionales.

Las otras mesas redondas se refirieron al contenido y a la ejecución del contrato, al cambio de circunstancias, a las cláusulas abusivas y a las obligaciones implícitas. Los ponentes fueron dos abogados (M. Frilet, París, y M. Lane, Londres) y dos profesores, A. Veneziano (U. Teramo) y C. Witz (U. de la Sarre). La última tuvo por objeto el incumplimiento y los remedios: cláusulas limitativas de responsabilidad, previsión de los daños, ejecución en forma específica. Fueron ponentes L. Tichy (U. Charles, Praga), D. Mozina (U. Ljubljana), E. Clive (U. Edimburgo), F. Pombo (Presidente de la Asociación Internacional de Abogados) y C. Xueref (*Essilor International*).

Los moderadores de las distintas sesiones contribuyeron a mantener un clima de discusión sereno (C. Jacob, M. Paolini, M. Benichou, J. F. Guillemin, F. Graf von Westphalen, y, en la clausura, Lord Mance, de la *House of Lords*), aunque quizás fueron demasiado rígidos a la hora de cortar el diálogo, ya que muchas manos alzadas quedaron sin poder ser atendidas.

La síntesis general de los trabajos fue confiada al professor D. Mazeaud, de la U. París II. Medio en broma, medio en serio, puso en escena una representación quasi teatral del enfrentamiento entre instituciones políticas, académicas y portadores de otros intereses, y acabó concluyendo que el futuro del MCR es todavía demasiado incierto. Habrá que esperar, sobre todo, a que la Comisión exprese su parecer en el Libro Blanco, que se espera para el año 2009.

Barbara PASA
Università degli Studi di Torino

Área de Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la U. de Barcelona (dir.), *Jornadas sobre Cooperación internacional de Autoridades: ámbitos de familia y del proceso civil*, Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, 2 y 3 de octubre de 2008*.

Las jornadas se estructuraron en dos sesiones en función de la temática que se abordó en cada una de ellas. En este sentido, la tarde del jueves 2 de octubre tuvo por objeto cuestiones generales de la cooperación internacional para luego dar paso a las cuestiones específicas que se presentaron la mañana del día siguiente. De este modo, la primera sesión comenzó con la inauguración de las jornadas a cargo de la Dra. Alegría Borrás, investigadora principal del Proyecto de investigación en el que las citadas jornadas se enmarcaron, así como de la Dra. Cristina González Beilfuss, vicedecana de Relaciones Internacionales y de Investigación de la Facultad de Derecho.

Seguidamente, la Dra. Georgina Garriga abrió el turno de las intervenciones de la tarde centrando su ponencia en la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil a modo de contextualización del sistema de cooperación judicial civil en el ámbito de la Unión Europea. Ello porque, como señaló la ponente, el objetivo que corona la actividad de la Red consiste en la mejora, simplificación y aceleración de la referida cooperación a través de, entre otros medios, la aplicación efectiva de los instrumentos comunitarios y con-

* La presente reseña también se publicará en la *Revista Española de Derecho Internacional* (2) 2008.

vincionales en vigor entre dos o más Estados miembros de la Unión Europea en la materia.

La presentación de la cooperación interamericana vino de la mano del Dr. Ramón Viñas Farré, quien hizo un repaso histórico de la codificación llevada a cabo por las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho internacional privado en el ámbito de la cooperación internacional de autoridades, destacando los aspectos más sobresalientes de la referida codificación. Asimismo, puso de relieve que la cooperación judicial en el ámbito interamericano se había desarrollado a semejanza de la que la Conferencia de La Haya de DIPr ha venido impulsando y realizando hasta el momento a escala universal.

Seguidamente, tras la pausa del café, la Dra. Alegría Borrás dio comienzo al segundo bloque de intervenciones con la ponencia dedicada al papel que las autoridades centrales desempeñan en la cooperación internacional de autoridades. En este sentido, comenzó presentando la evolución de las mismas a través, por un lado, de la codificación que en la materia ha desarrollado la Conferencia de La Haya de DIPr y, por otro lado, de la unificación comunitaria. Seguidamente, se centró en el aumento de las funciones de las autoridades centrales, en la mejora de sus actividades, así como en la incidencia que sobre ellas ha desplegado la tecnología de la información, para concluir su intervención refiriéndose a la coordinación entre las mismas.

Por último, la Dra. Cristina González Beilfuss cerró las intervenciones de la tarde con la ponencia referente a la articulación del Derecho internacional privado y el Derecho comunitario, que giró alrededor de dos cuestiones. La primera de ellas dedicada a la complejidad que la superproducción normativa, de fuente convencional y comunitaria, está causando a los operadores jurídicos en la identificación del instrumento normativo aplicable. Y, en segundo lugar, se refirió a lo que denominó como valor añadido de lo legislado por el legislador comunitario a la luz de varios ejemplos normativos.

Como se ha indicado, la mañana del día 3 se dedicó a la cooperación en materias específicas, habiéndose escogido los temas más relevantes, cuales son el cobro de alimentos, la adopción internacional, la sustracción internacional de menores y la notificación y obtención de pruebas en el extranjero.

El profesor William Duncan, secretario general adjunto de la Conferencia de La Haya de DIPr, dio inicio a las intervenciones matinales con la ponencia relativa a la cooperación en materia de alimentos. La referida ponencia tuvo como eje central la labor que las autoridades centrales desempeñan a los efectos de mejorar y acelerar la obtención de alimentos por parte de su acreedor. Para ello, el profesor Duncan comenzó destacando los orígenes de la cooperación que se sitúan en el Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956. A continuación, abordó la codificación llevada a cabo por la Conferencia de La Haya en la materia que ha culminado, hasta el momento, con el Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia.

Por su parte, la ponencia de la señora Laura Martínez-Mora, coordinadora del Programa de Adopción de la Conferencia de La Haya de DIPr, tuvo por objeto la cooperación en materia de adopción internacional. El tema fue presentado desde su visión práctica señalando los problemas que los Estados parte en el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993 tienen que resolver a los efectos de aplicarlo debidamente.

Tras la pausa del café matinal, la señora Ana M.ª Gallego Torres, subdirectora general de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, reemprendió el programa de las jornadas presentando la cuestión de la cooperación en materia de sustracción internacional de menores en calidad de autoridad central española. Desde esta perspectiva, pues, presentó los problemas a los que debe dar respuesta la autoridad central en el ámbito de la sustracción internacional de menores a la luz, en particular, del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980. Sobre este aspecto destacó que, en diversas ocasiones, su aplicación estricta conduce a desatender el principio del interés superior del niño.

Por último, el Dr. Joaquim Forner cerró las intervenciones matinales y de las Jornadas centrándose en la cooperación en materia de notificación y obtención de pruebas. Al respecto, comenzó contextualizando ambos sectores del auxilio judicial internacional para luego dar paso a las modificaciones que el Reglamento 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil ha realizado a su predecesor Reglamento 1348/2000. Tras lo cual, presentó el referido sistema de auxilio judicial comunitario comparándolo con el sistema universal desarrollado bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de DIPr.

Concluida su intervención, la Dra. Alegría Borrás dio por clausuradas las jornadas, agradeciendo a los asistentes su participación.

A modo de conclusión, de entre los rasgos más sobresalientes de las temáticas presentadas, debería subrayarse que fueron representados tanto el ámbito universal de cooperación internacional personificado en la Conferencia de La Haya de DIPr, como los ámbitos regionales de la cooperación de autoridades en los que, naturalmente, la Comunidad Europea asumió el papel protagonista, pero en el que también se dio cabida a la cooperación interamericana de la mano de las Conferencias Especializadas Interamericanas de DIPr auspiciadas por la Organización de Estados Americanos. La ponderación de los sistemas de cooperación de autoridades impulsados por los citados organismos internacionales arrojó como resultado una sobreproducción de instrumentos normativos convencionales y comunitarios tal que a la vez que acrecienta la dificultad de la designación del instrumento aplicable, en ocasiones, también pone de manifiesto el mimetismo con el actúan dichos organismos.

El interés suscitado por las Jornadas a los asistentes a las mismas quedó demostrado por las preguntas que plantearon a los ponentes en los bloques destinados a ellas y que incluso llegaron a generar debates colaterales a las ponencias presentadas.

Georgina GARRIGA SUAU
Universitat de Barcelona

European China Law Studies, Conferencia Anual, Bolonia/Turín, 1-4 de octubre de 2008.

El Congreso es otra de las actividades de la asociación *European China Law Studies* (ECLS), que en el pasado ya ha celebrado un encuentro en Suecia, donde se creó la asociación, y otro en Hamburgo. El pasado mes de octubre, organizó este *meeting* itinerante entre Bolonia y Turín, que supone el tercer encuentro de la asociación. En él se tuvo ocasión de discutir sobre las

muchas y muy variadas direcciones (políticas, jurídicas, sociales, culturales y económicas) que está tomando el estudio del Derecho chino contemporáneo en Europa. Los ponentes europeos y chinos (los americanos fueron los grandes ausentes, a pesar de contar con una larga tradición en el estudio del Derecho chino), disertaron sobre temas que pueden considerarse cruciales para el desarrollo y la innovación. En Bolonia, los dos primeros días, se habló de temas tales como la propiedad intelectual, la tutela del medio ambiente, las organizaciones sin ánimo de lucro o el papel de los medios de comunicación. En los dos días siguientes, en Turín, se centró la atención en otras reformas jurídicas que se están llevando a cabo en los diferentes ámbitos del Derecho civil y penal. El objetivo del congreso iba más allá de la mera constatación de las diferencias entre el Derecho chino y la cultura occidental. Más bien se trataba de profundizar en el conocimiento recíproco en un contexto de «diversidad cultural», en palabras de dos de los principales organizadores, la profesora Marina Timoteo (U. Bologna) y el profesor Gianmaria Ajani (U. Torino). Más información en: <http://www.osservatorioasia.com/documenti/Altri%20interventi/Torino,04%20ottobre%202008.pdf>.

El encuentro anual de la ECLS también permitió presentar el proyecto financiado por la Unión Europea para los próximos cinco años («*China-EU School of Law in China University of Political Science and Law*») con el objetivo de reforzar la cooperación entre China y Europa. Se pretende desarrollar tanto la actividad docente (*masters* en Derecho chino y europeo, doctorados de investigación) como de perfeccionamiento profesional. La sede en Europa es Hamburgo (responsable, profesor Hans-Heinrich Trute, U. Hamburgo) y, en China, la sede es Pequín (responsable, profesor Zhu Yong, *China's University of Political Sciences and Law*). Otras universidades e institutos que toman parte en el proyecto son: U. Bolonia (Italia), *CEU* (Budapest); *Eötvös Loránd Tudományegyetem* (Budapest); *Jagiellonian U.* Cracovia (Polonia), *Trinity College* (Dublín, Irlanda), U. Cattolica di Leuven (Bélgica), U. Lund (Suecia), U. Maastricht (Países Bajos), U. Autónoma de Madrid (España), U. Manchester (Gran Bretaña), Facultad de *Sciences Po* de París (Francia); Estrasburgo (Francia). Además, son *partners* las siguientes instituciones chinas: *China University of Political Science and Law*, *People's Republic of China*, *Tsinghua University*, *People's Republic of China*, *Chinese National Prosecutors College*, *People's Republic of China*. Se han asociado al proyecto otros entes públicos (v.gr. el Instituto Español de Comercio Exterior (ICEX) y el Consejo General del Poder Judicial) y privados (CASCC, Centro de Altos Estudios sobre la China contemporánea, en Turín; y los bufetes de abogados Cuatrecasas, Uría Menéndez, Garrigues, Bonelli erede Pappalardo, Clifford Chance, y otros). Más información: <http://www.cesl.edu.cn/eng/index.asp>.

Barbara PASA
Università degli Studi di Torino

BIBLIOGRAFÍA

Libros

DE TORRES PEREA, José Manuel: Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar, 1^a edición, Iustel, 2009, 335 pp.

Como el propio autor dice en la introducción a su obra, el objetivo del trabajo es reformular el Derecho de Familia, en constante transformación, a la luz del interés del menor, principio general del Derecho recogido en el artículo 3 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño (ratificada por España el 30.11.1990) y en la LO 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor en forma de cláusula general. Así, la familia es concebida como cauce para el pleno desarrollo de sus miembros, en especial de los menores en cuanto parte más débil que precisa de una protección reforzada. De Torres Perea parte para su estudio de una serie de premisas, a mi juicio, muy correctas (que están presentes tanto en la introducción como en el capítulo I): En primer lugar, la pregunta sobre qué sea el interés del menor es de difícil respuesta, de ahí que sea más útil plantearse cómo conseguir la tutela del interés del menor. En segundo lugar, la perspectiva desde la que ha de analizarse esta cuestión es, sin duda, interdisciplinar. Para la determinación del significado de esta cláusula del interés del menor ha de acudirse a las distintas ramas del ordenamiento jurídico (civil, penal y administrativo), pero también a otras ramas del conocimiento (en concreto, a la Psicología y a la Sociología). En el propio título de la obra ha querido dejar clara tal perspectiva multidisciplinar. En tercer lugar, a esta materia no le son aplicables muchos de los criterios propios del Derecho Civil Patrimonial y tampoco resulta adecuado estudiarla, de forma exclusiva, a la luz del análisis económico del Derecho. Para la adopción de decisiones relativas al ámbito de la familia, junto al dato económico, hay que valorar un conjunto de factores, como la capacidad afectiva, el cariño, la disponibilidad para dedicarse a los hijos... Así, por ejemplo, circunstancias como la mejor posición social de un progenitor no deben conducir a concluir que el interés superior del menor consiste en permanecer con dicho progenitor. En cuarto lugar, el tratamiento de esta materia es eminentemente práctico, de manera que el autor, tras este planteamiento multidisciplinar en una primera parte de la obra, distingue en una segunda parte (cuarto capítulo) grupos de casos. El método consistente en el examen de diferentes supuestos es muy acertado, ya que a la cláusula general del interés del menor sólo cabe darle un contenido determinado cuando se desciende a las hipótesis concretas. La clasificación de estos grupos de casos no pretende ser exhaustiva, sino proporcionar pautas orientativas y responsables en una materia tan delicada como es el bien del niño. Tal estudio va

acompañado de un análisis jurisprudencial y doctrinal del tema, que permite observar cómo para la resolución de los supuestos no sólo se aplica el derecho positivo, sino que se adoptan criterios psicológicos, sociales y éticos. La última premisa presente en la monografía pretende dejar claro que el interés del menor no equivale ni al predominio de los deseos de éste ni a una educación permisiva en la que los progenitores claudiquen de toda autoridad. Se sostiene que el mejor modelo de familia no puede ser el permisivo sino el autorizativo, fundado en una negociación limitada, en la que se imponen pautas de conducta y, a la vez, se apoya emocionalmente al menor. El principio del interés del menor busca realmente el desarrollo pleno, sano y digno del niño.

Tras el capítulo I, en el que trata de dar unas nociones precisas sobre el concepto del interés del menor, los Capítulos II y III proporcionan, como antes he indicado, una visión interdisciplinar de la materia. El capítulo II, en concreto, muestra una aproximación al interés del menor desde una perspectiva sociológica y psicológica. En este tema, para lograr el bien del niño, inciden dos factores determinantes: por un lado, la situación material de subsistencia familiar (así, desde la sociología se trata de potenciar los recursos existentes en el entorno del menor para que su situación material de subsistencia sea suficiente) y, por otro lado, las relaciones del menor con sus familiares (perspectiva psicológica). El capítulo III aborda ya el tratamiento jurídico de la problemática. Tanto del artículo 39 de la Constitución de 1978 como del artículo 154 del Código Civil se desprende la afirmación de que los progenitores son los principales garantes del interés superior del menor. Es importante tener en cuenta que la patria potestad ya no se trata de un simple instituto que beneficia al menor, sino que en la actualidad el artículo 154 del Código Civil ha de reinterpretarse a la luz de la introducción de la cláusula general del interés del menor de la LO 1/1996, de manera que dicho beneficio del menor ha de entenderse como prioritario cuando los padres ejercitan la patria potestad. Por su parte el artículo 158 del Código Civil prevé la posibilidad de que el juez adopte cualquier medida que estime necesaria para garantizar el bien del menor, apartándole de un peligro o evitándole un perjuicio. Pero toda intervención judicial ha de ser subsidiaria, complementaria y proporcional. Sin embargo, el autor pone de relieve que tras la reforma de la Ley 21/1987 de 11 de noviembre de modificación de determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de adopción, se ha producido en el ordenamiento una marcada desjudicialización de las actuaciones previstas para la tutela del menor, pues en la mayoría de los supuestos la Administración (en especial la Autonómica) ha asumido competencias antes reservadas al Juez en materia de desamparo de menores. De ahí que en la monografía se dediquen unas páginas en el final de la primera parte al análisis de la protección administrativa de los menores, a la declaración de desamparo del menor y a la tutela administrativa.

Ya he indicado que el autor tiene el gran acierto en la segunda parte del libro de confeccionar grupos de casos que permiten concretar el contenido del concepto del interés del menor, y para seleccionarlos se fija en las instituciones que dentro del Derecho de Familia merecen mayor atención por su incidencia directa en el bien del niño: la patria potestad, el acogimiento, la adopción y la guarda y custodia tras la crisis matrimonial o ruptura de la pareja de hecho. Por último, se refiere a supuestos sobre el ejercicio de los derechos fundamentales por el menor. El método empleado es, sin duda, mucho más correcto y útil que una indagación teórica sobre el concepto del

interés del menor. En relación con el ejercicio de la patria potestad, analiza brevemente los cambios que ha supuesto la reforma de 1981 respecto a esta institución, para abordar a continuación un conjunto de temas de gran actualidad y en general poco tratados en España. Así, el derecho de corrección y el maltrato infantil, a raíz de la reciente reforma que la Ley de Adopción Internacional ha efectuado, en el doble sentido de evitar cualquier referencia al derecho de corrección y establecer el deber de respeto por parte de los progenitores de la integridad física y psicológica de los hijos. Se analiza el origen de tal reforma y se indaga en el alcance de la misma, siendo necesario para ello, a juicio del autor, la coordinación entre el legislador civil y el penal (de ahí que estudie la regulación prevista en los artículos 153 y 173 del Código Penal). A la hora de determinar el alcance de la reforma el autor se guía por un claro sentido común: por un lado, el maltrato físico y psíquico sobre el menor ha quedado y debe quedar erradicado del ordenamiento jurídico, pero a la vez es preciso señalar que hay conductas que por su insignificancia o adecuación social han de quedar excluidas del concepto de maltrato, en cuanto además no perjudican el interés del menor. De ayuda inestimable en la fijación del alcance de la reforma es la evolución sufrida por el Derecho Alemán en la materia del derecho de corrección del menor, hasta llegar a la nueva redacción del parágrafo 1631 BGB por la Ley de 7 de noviembre de 2000 «Ley para la ilegalización de la violencia en la educación y modificación del derecho de alimentos del niño». En relación también con la educación del menor, otro tema novedoso presente en el libro son las consecuencias que ha de otorgarse a la falta de escolarización habitual del menor, siendo criticable a juicio del autor la frecuencia con la que la Administración declara el desamparo del menor en estos casos. Esta cuestión le lleva a plantearse si sería admisible en nuestro ordenamiento la objeción de conciencia de los padres al sistema escolar obligatorio, fenómeno muy extendido en el ámbito anglosajón. De Torres señala que la denominada «educación en casa» viene exigida por nuestra realidad social, ciertamente cada vez más globalizada y rica en modelos familiares y alternativos, de manera que es previsible que en poco tiempo aumenten las familias que quieran seguir este tipo de enseñanza. También novedosos resultan los problemas que plantea, en relación con la formación del menor, la posibilidad de la captación de éste por una secta destructiva, ya porque sus padres pertenezcan a dicha secta o porque el menor, sin intervención paterna, se integre en aquella. En cualquier caso parece peligroso justificar la separación del hijo de sus padres en la pertenencia de éstos a un posible grupo sectario, de manera que tal separación sólo tendrá sentido cuando se pruebe que tal realidad causa o puede causar daños graves al menor. Desarrolla, por último, el contenido de la patria potestad al tratar las circunstancias que pueden justificar la privación de la misma. Lleva a cabo en este sentido un análisis casuístico de supuestos de suspensión y privación de la patria potestad (el abandono voluntario del menor por su familia, la falta de escolarización habitual, los malos tratos físicos o psíquicos o abusos sexuales, el trastorno mental grave de los padres, la inducción del menor a la mendicidad o delincuencia...).

El segundo grupo de casos gira en torno a la institución del acogimiento. Cuando la adopción no es viable, el acogimiento se muestra como una solución idónea. Estudia, primero, el acogimiento familiar, refiriéndose de paso a una institución controvertida en el momento actual, la *kafala* musulmana,

que se ha querido equiparar al acogimiento preadoptivo. Esta figura ha cobrado protagonismo por la presencia de menores de origen marroquí en España respecto de los cuales sus acogedores o tutores pretenden solicitar, pasado un tiempo, su adopción conforme a nuestra normativa interna. También se refiere el autor al acogimiento residencial, que prevé nuestro legislador con carácter subsidiario. Sin duda, tal y como se mantiene en el libro, el único sitio ideal para un menor es una familia, ya sea propia o de acogida. La inserción del menor en un centro residencial puede suponer un empeoramiento de la situación de éste último. A continuación se detiene en el tercer grupo de casos sobre adopción. Trata en las primeras páginas el derecho que tiene el niño adoptado a conocer su pasado y sus orígenes, de manera que el interés superior del menor exige que éste conozca su condición de adoptado por diversos motivos, tanto éticos, como psicológicos y materiales. En el ámbito anglosajón se está desarrollando una corriente importante a favor de la denominada «adopción de contacto», en la que el menor continúa manteniendo relaciones con su familia de origen (modalidad más adecuada y necesaria cuando el adoptado es un adolescente). Luego analiza una serie de cuestiones que suscita la adopción, como la declaración de nulidad de la adopción y el asentimiento de los padres biológicos a tal adopción. En concreto, las circunstancias necesarias para poder asentir la adopción y el aspecto procesal del tema. Sin duda el respeto de la decisión de los padres de desvincularse de sus hijos queda condicionada a que tal decisión obedezca a una situación de necesidad, pues los progenitores no pueden rechazar los deberes derivados de la patria potestad si no median causas objetivas que lo justifiquen. Particular relevancia posee la cuestión de los criterios de selección de los adoptantes. La tramitación del proceso adoptivo comienza con el certificado de idoneidad, y la declaración de idoneidad supone que los futuros adoptantes son aptos y adecuados para la adopción de menores de un país concreto, de unas condiciones determinadas y en un plazo de tiempo limitado. Para el autor la declaración de idoneidad no debe basarse en juicios subjetivos, precisiones difusas, posturas ideológicas o hipótesis indemostrables, sino que, por el contrario, se ha de buscar el bien del niño, es decir, un entorno que permita el desarrollo de la identidad del menor. Dentro de este contexto se ocupa del estudio de dos temas de gran actualidad y polémica, como es la adopción por matrimonio homosexual y por pareja de hecho homosexual. En relación con la primera, como la adopción es una institución supeditada al interés superior del menor, ha de analizarse en cada caso concreto si los candidatos a la elección son o no idóneos. Lo que no puede exigirse, a juicio de De Torres, es que todo un grupo social por su condición sexual quede automáticamente apartado de la adopción. Tal posibilidad sólo es admisible si se acredita desde el punto de vista científico un perjuicio al menor con tal clase de adopción. Pero ésta es una materia extrajurídica que debe ser objeto de especialistas, sobre todo de psicólogos. El jurista únicamente ha de acatar las conclusiones a las que al respecto lleguen los científicos. En opinión del autor aún no hay un informe que acredite sin ningún género de duda el daño que ocasionaría a un menor la adopción por un matrimonio homosexual, de manera que lo importante no es el tipo de familia en la que crezca el menor, sino el funcionamiento familiar. En cuanto a la adopción por parejas de hecho homosexuales, no hay a nivel estatal una ley que regule con carácter general este tipo de modelos familiares y, por consiguiente, no se contempla expresamente la posibilidad de adoptar por parejas de hecho de este tipo. Pero según De Torres si el matrimonio homosexual puede adoptar la pareja de hecho homosexual tam-

bien puede hacerlo, ya que la afirmación contraria vulneraría el principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución.

El cuarto grupo de supuestos que trata son los relativos a la guarda y custodia tras la crisis matrimonial o la ruptura de la pareja de hecho. Se plantea, en primer lugar, la asignación de la guarda y custodia de los hijos a uno solo de los progenitores. En su opinión el propio interés superior del niño, que exige su máxima vinculación a ambos progenitores, requiere la patria potestad compartida. Se pregunta si está hoy justificado el trato desigual que los tribunales siguen dando al padre respecto a la madre en la atribución de la guarda de los hijos comunes. Para él el sexo del progenitor por sí solo no debe ser un factor determinante respecto de la atribución de la guarda y custodia del menor, por muy corta que sea la edad de éste último. Estudia también el llamado principio de continuidad, en cuanto derecho que tiene el menor a que se garantice su continua relación y contacto con sus dos progenitores en los casos de crisis matrimonial, tal y como se viene aplicando tanto por nuestros tribunales como en el ordenamiento jurídico alemán. Aboga, pues, a favor de la reciente reforma legislativa que introduce la guarda y custodia compartida en cuanto solución acorde con el interés superior del menor, fórmula que ya está presente en otros ordenamientos como el francés o en algunos estados de Estados Unidos. Hace un recorrido por las resoluciones judiciales, recorrido que permite apreciar el abanico de posibilidades tan extenso que presenta la custodia compartida, que únicamente encuentra límites en el bien del niño y en el recomendable consenso de los padres. La mediación familiar, por su parte, es considerada por el autor como una herramienta muy útil tanto para la resolución de conflictos conyugales como para la protección del interés del menor. De hecho, a su juicio, en los supuestos de crisis matrimoniales la mejor forma de afrontar el conflicto entre los progenitores respecto al interés del menor es la mediación familiar. Esta implica la intervención de una tercera persona que ayuda a los padres a afrontar una paternidad responsable. De este modo pueden darse distintas actuaciones, como empezar a educar para la paternidad con ayuda de un psicólogo o psicoterapeuta.

Numerosas críticas se realizan a la reforma introducida por la Ley 42/2003 de 21 de noviembre, que modifica tanto el Código Civil como la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, dando una nueva redacción al párrafo 2º del artículo 160 del Código, que establece que no podrá impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados. Si bien tal reforma es elogiable en cuanto subraya el papel actual relevante que muchos abuelos desempeñan en la familia, tal reforma era innecesaria en cuanto nada nuevo añade a lo que ya estaba previsto antes. Con anterioridad al año 2003 los abuelos disponían ya de suficiente protección jurídica para exigir el contacto con los nietos. Parece además, según De Torres, que tal reforma se ha hecho presuponiendo que lo normal en que los abuelos cuiden de sus nietos, constituyendo a su juicio un peligro la presunción de que es un deber de los abuelos la atención de los menores. El legislador parte además de un modelo de familia extenso que ya no existe. Aunque el artículo 160 del Código Civil regula el derecho de visita de los abuelos, en realidad se trata de un derecho del menor. Es decir, sólo si según el interés del menor la relación de éste con su abuelo le beneficia, ha de promoverse dicha relación. Si le perjudica, debe

prohibirse. De manera que en caso de un conflicto extremo entre abuelos y padres, ha de primarse, como regla general, el interés de éstos últimos por ser titulares de la patria potestad y por exigirlo el interés superior del menor (que le vincula a sus padres antes que a sus abuelos). Se plantea el autor también la protección del menor en la ruptura de la pareja de hecho, en concreto, si podrá aplicarse por analogía el artículo 96 del Código Civil a los hijos fruto de uniones de hecho y así podrán aquellos permanecer en la vivienda familiar. La solución ha de buscarse, por supuesto, atendiendo al principio del interés superior del menor, de manera que en su opinión cabe tal aplicación analógica del precepto, no porque haya una identidad de razón entre el matrimonio y la unión de hecho, sino porque la identidad de razón está en la relación existente entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales con sus respectivos progenitores.

El último grupo de casos que aborda hacen referencia a la capacidad natural del menor y al ejercicio de derechos fundamentales por el mismo, materia clave para entender la perspectiva desde la que el ordenamiento jurídico observa al menor en la actualidad. Estudia, en concreto, el consentimiento informado (con supuestos tan conflictivos como la negativa del menor a someterse a transfusiones de sangre alegando su libertad religiosa, o la capacidad del menor para decidir sobre el uso de la píldora postcoital); la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor (como el consentimiento de éste para participar en programas de televisión en los que quizás puede lesionarse su derecho a la imagen, o el ejercicio del derecho a la intimidad por parte del menor en relación con el secreto médico acerca de una enfermedad del primero). Termina su análisis con la audiencia del menor con capacidad natural, entendiendo que, si bien la voluntad del menor no es vinculante, ha de ser valorada sin duda al adoptar decisiones sobre éste último. De hecho cada vez son más los pronunciamientos jurisprudenciales que se fundamentan en las manifestaciones del menor.

No hay duda de que se trata de un libro sugerente, de recomendada lectura tanto para los estudiosos del tema de los menores y de la familia como para los aplicadores del derecho, por su gran actualidad y la vertiente práctica que ha querido otorgársele. El autor ha escogido una materia muy comprometida, y desde luego no puede decirse que elude el tratamiento de ninguna de las cuestiones polémicas y conflictivas que se derivan hoy en día de la tutela del menor de edad. Ciento es también que De Torres Perea se mueve en un terreno para él ya conocido, en cuanto que en otras ocasiones anteriores ya se ha enfrentado al complicado mundo del Derecho de Familia (entre otros trabajos, «El artículo 160.2 y 3 del Código Civil: norma reguladora de un conflicto de intereses entre padres y abuelos», *La Ley*, núm 4, 2001, pp. 1347-1359; «Tratamiento del interés del menor en el Derecho alemán», *Anuario de Derecho Civil*, fascículo II, 2006, pp. 675-742 y «Reforma de los artículos 154 y 268 del CC: el derecho del menor a una educación libre de toda medida de fuerza o violencia», *La Ley*, 2008, núm. 6881).

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

Revistas Españolas

ISABEL ARANA DE LA FUENTE

Profesora de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Derecho civil*: 1. Introducción. 2. Derecho de la persona. Persona jurídica. 3. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 4. Derechos reales. Derecho inmobiliario registral. 5. Derecho de familia. 6. Derecho de sucesiones.—II. *Derecho mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Títulos valor. Letra de cambio y cheque.—III. *Derecho concursal*.—IV. *Derecho urbanístico y del medio ambiente*.—V. *Derecho de la Unión Europea*.—VI. *Derecho procesal*.—Abreviaturas.

DERECHO CIVIL**INTRODUCCIÓN**

- ALPA, Guido: «Las tareas actuales del Derecho privado», en *RDPr*, enero-febrero 2008, pp. 3 ss.
- ARAGÓN REYES, Manuel: «Problemas del recurso de amparo», en *AAMT*, tomo XLII, pp. 137 ss.
- BORRÁS RODRÍGUEZ, Alegria: «Eficacia ejecutiva internacional de los títulos extrajudiciales», en *AAMT*, tomo XLII, pp. 29 ss.
- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: «La aplicación del Derecho privado comunitario», en *AAMT*, tomo XL, pp. 381 ss.
- ESPINOSA CALABUIG, Rosario: «Exequáтур de una resolución dictada en Alemania sobre reclamación de cantidad. Aplicación del artículo 27.2 del Convenio de Bruselas de 1968. Notificación de la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse (Comentario a la STS de 28 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 925 ss.
- FIGUERAS DACAL, Manuel: «La dinámica del Derecho y su aplicación mecánica», en *RCDI*, núm. 708, 2008, pp. 1699 ss.
- GALLEGÓ DEL CAMPO, Germán: «La resolución de problemas jurídicos», en *RCDI*, núm. 708, 2008, pp. 1477 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», en *La Ley*, 2008-3, D-169.
- LÓPEZ MEDEL, Jesús: «Derecho y seguridad jurídica en el Renacimiento español», en *RCDI*, núm. 708, 2008, pp. 1727 ss.
- MAROÑO GARGALLO, María del Mar: «Explotación comercial de la propia imagen. Ley de competencia desleal: cláusula general y actos desleales de imitación (Comentario a la STS de 28 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 903 ss.

- MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel: «Rolandino: ¿Epígono de los glosadores o adelantado de los *commentatores*? La alborada documental de *Il trecento*», en *AAMT*, tomo XL, pp. 251 ss.
- PRIES Y PRICARDO, Adolfo: «La seguridad jurídica en el marco de la nueva economía», en *AAMT*, tomo XLI, pp. 397 ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «El nuevo artículo 17 bis de la Ley del Notariado y otras incidencias en la Legislación Notarial de la Ley 24/2001», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 23 ss.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: «Consideraciones sobre el problema de la inaplicación de los reglamentos», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 9 ss.
- SANZ HERMIDA, Ágata: «Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Motivos de denegación. Incumplimiento del requisito impuesto por el art. 27.2 relativo a la no entrega o notificación al demandado en rebeldía de la cédula de emplazamiento de forma regular y con tiempo suficiente. Obligación de los órganos jurisdiccionales del Estado requerido, conforme a lo previsto en el art. 46.2 del Convenio, de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 27.2 (Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 963 ss.
- TORRALBA MENDIOLA, Elisa: «Aplicación de Derecho extranjero. *Trust* (Comentario a la STS 30 de abril de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1457 ss.

DERECHO DE LA PERSONA. PERSONA JURÍDICA

- AGUILAR RUÍZ, Leonor: «La tutela del menor consumidor», en *RDPr*, septiembre-octubre 2008, pp. 51 ss.
- BALLUGERA GÓMEZ, Carlos: «La publicidad de los registros jurídicos y la protección de datos personales», en *RDNT*, núm. 17, 2008, pp. 29 ss.
- BLANCH NOGUÉS, José María: «Sobre la personalidad jurídica de las fundaciones en Derecho romano», en *AJFDUAM*, 2007-II, pp. 9 ss.
- BRAVO BOSCH, María José: «A propósito de la protección del honor de la persona», en *AJFDUAM*, 2007-II, pp. 29 ss.
- BRINES ALMIÑANA, Javier: «Novedades más significativas del Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos», en *La Ley*, 2008-2, D-108.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Derecho de asociación: denegación de ingreso como asociado (en club de golf); alcance del control judicial respecto a la libertad de organización interna de las asociaciones privadas: la doctrina constitucional y jurisprudencial de la *base razonable* y su aplicación al derecho de adscripción. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales (*Drittewirkung*) (Comentario a la STS de 13 de julio de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 645 ss.
- CARZORLA GONZÁLEZ, María José: «La adquisición de la nacionalidad española por descendientes de españoles», en *RGLJ*, 2008-1, pp. 7 ss.
- DOMÍNGUEZ GARCÍA, Fernando: «Dignidad humana, tratados internacionales y derechos de los extranjeros», en *RJC*, 2008-4, pp. 1153 ss.
- FERNÁNDEZ GREGORACI, Beatriz: «Representación directa e indirecta: definición y efectos conforme al DCFR y a los PECL», en *InDret*, 2008-4.

- LÓPEZ BURNIOL, Juan José: «La protección patrimonial de las personas con discapacidad», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 431 ss.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen», en *La Ley*, 2008-2, D-94.
- MAGRO SERVET, Vicente: «La protección civil del anciano», en *CDJ*, 2007-VI, pp. 117 ss.
- MESA MARRERO, Carolina: «La regulación reglamentaria de los ficheros de información sobre solvencia patrimonial y crédito», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 19, pp. 2057 ss.
- MONTSERRAT QUINTANA, Antonio: «El derecho a la salud y a las prestaciones sanitarias», en *CDJ*, 2007-VI, pp. 17 ss.
- PACHECO CIFUENTES, Alfonso: «Breve aproximación a la nueva delimitación del ámbito objetivo de la LOPD en su reglamento de desarrollo», en *La Ley*, 2008-2, D-110.
- ROMAN PÉREZ, Raquel de: «Una visión particular de los derechos morales de los artistas intérpretes o ejecutantes», en *RGLJ*, 2008-2, pp. 233 ss.
- SEBASTIÁN, Rafael: «La subordinación de los créditos de las personas jurídicas», *ADC*, núm. 15, 2008, pp. 69 ss.
- TENA ARAGÓN, María Félix: «El derecho al honor, la intimidad y la propia imagen», en *CDJ*, 2007-VI, pp. 101 ss.
- VERDA BEAMONTE, José Ramón: «Derecho al honor y al prestigio profesional. Conflicto con la libertad sindical y de expresión. Juicio civil suspendido por incoación de juicio penal: sentencia absolutoria por prescripción del delito de injurias. Reanudación del juicio civil (Comentario a la STS de 18 de julio de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 683 ss.

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

- ÁLVAREZ LATA, Natalia: «Daño causado por la caída de objeto desde una vivienda arrendada. Alcance de la responsabilidad al propietario-arrendador (Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 947 ss.
- AMAT LLARI, M. Eulalia: «Compravenda civil, compravenda mercantil i recessió per lesió *ultradimidium*», en *RJC*, 2008-3, pp. 705 ss.
- ANDERSON, Miriam: «Cesión gratuita del uso de una vivienda a un matrimonio por parte de los progenitores del marido. Separación matrimonial con atribución del uso de la vivienda a la esposa. Fallecimiento de los propietarios de la vivienda. Partición en fraude del derecho de uso: desestimación de la acción reivindicatoria interpuesta por el adjudicatario de la vivienda en partición (Comentario a la STS de 18 de marzo de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1419 ss.
- ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo de: «La responsabilidad civil del abogado», en *InDret*, 2008-1.
- ARCOS VIEIRA, M.ª Luisa: «Reclamación de la entidad bancaria prestamista frente al emitente de una carta de patrocinio, tras el incumplimiento del contrato por la empresa prestataria. Cartas de patrocinio: doctrina. Requisitos para la consideración de las cartas de patrocinio como contrato de garantía. Carta de patrocinio y mandato de crédito (Comentario a la STS de 13 de febrero de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 511 ss.

- ARENAS GARCÍA, Rafael: «La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II», en *InDret*, 2008-4.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia: «Incumplimiento del contrato de obra y responsabilidad decenal ex art. 1591 del Código civil (Comentario a la STS 13 de mayo de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 150 ss.
- ARQUILLO COLET, Begoña: «La aseguradora declarada responsable civil directa en un proceso penal no puede repetir contra los responsables civiles subsidiarios», en *InDret*, 2008-1.
- ARROYO, Ignacio: «El contrato de skipass europeo», en *RGLJ*, 2008-3, pp. 451 ss.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: «Responsabilidad decenal. Solidaridad impropia. Transacción y desistimiento (Comentario a la STS de 30 de enero de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1361 ss.
- BALDÓ ROCA, Carmen: «Aplicación del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro a un contrato de seguro marítimo», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 17, pp. 1848 ss.
- BARRAR VIÑALS, Inmaculada: «Responsabilidad decenal por vicios ruínógenos. Necesidad de requerimiento previo a los responsables y posibilidad de pedir el cumplimiento por equivalente. Interpretación del art. 1591 CC en sede de derecho transitorio (Comentario a la STS de 27 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 889 ss.
- BARRÓN ARNICHES, Paloma: «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», en *InDret*, 2008-3.
- BELLO JANEIRO, Domingo: «Responsabilidad de aseguradora sanitaria por defectuosa prestación del servicio por parte del cuadro médico. Responsabilidad solidaria de aseguradora y médico. Solidaridad impropia. Naturaleza de obligación de medios asumida por facultativo. Arrendamiento de servicios entre aseguradora y médico. Inversión de la carga de la prueba de la responsabilidad del médico. Consentimiento debidamente informado del paciente. Técnica casacional (Comentario a la STS de 8 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 831 ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Desde la accesoriedad de la hipoteca a la accesoriedad del crédito. Los problemas de una inversión», en *AAMT*, tomo XL, pp. 433 ss.
- BONARDELL LENZANO, Rafael: «La seguridad jurídica en las transacciones electrónicas», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 133 ss.
- BOXCH CAPDEVILLA, Esteve: «L'opció com a dret d'adquisició en el Dret civil de Catalunya», en *RJC*, 2008-3, pp. 975 ss.
- BUSTO LAJGO, JOSÉ Manuel: «El contrato de vitalicio en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (Aproximaciones jurisprudenciales)», en *RDP*, julio-agosto 2008, pp. 3 ss.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia: «El cumplimiento del deber de declaración del riesgo. Especial problemática derivada de los seguros vinculados a contratos de préstamo», en *RDP*, núm. 21, 2008, pp. 105 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel: «Negocio fiduciario: Venta en garantía (Comentario a la STS 30 de mayo de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1515 ss.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «Dos derechos emergentes del consumidor: a no ser molestado y a una interacción informativa», en *RGLJ*, 2008-2, pp. 175 ss.
- CENDON CASTRO, José Luis: «Responsabilidad extracontractual en el abordaje marítimo», en *InDret*, 2008-1.

- COLINA GAREA, Rafael: «Arrendamiento de obra: responsabilidad por vicios ruinosos. Legitimación activa del promotor: equiparación con la figura del contratista: criterios: alcance frente al contratista y técnicos intervinientes en la obra: ejercicio de acción de repetición frente a éstos para el caso de prosperar las acciones entabladas o que puedan entablar los adquirentes de las viviendas: improcedencia: daño no satisfecho: acción extemporánea: falta de asunción de la reparación de deficiencias y su coste. Sentencia: Condena de futuro: aplicación jurisprudencial y doctrina constitucional: Inexistencia: solicitud de condena al abono de ciertas cantidades no generadas, al estar sometidas a litigios en tramitación o ni siquiera iniciados (Comentario a la STS de 20 de diciembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 977 ss.
- CORDENTE MARTÍNEZ, Carlos A.: «La responsabilidad de los padres en la educación de los hijos en la sociedad actual: culpa –in vigilando– y culpa –in educando–», en *La Ley*, 2008-3, D-150.
- CORDÓN, Faustino: «Las relaciones entre el concurso y el arbitraje», *ADCon*, núm. 15, 2008, pp. 9 ss.
- CREMADES SANZ-PASTOR, Bernardo María: «El convenio arbitral», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 279 ss.
- DÍAZ PARDO, Gloria: «Extinción de contrato mediante la resolución y la rescisión», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 13, pp. 1345 ss.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: «Los frutos de las cosas vendidas», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pp. 1143 ss.
- DOMINGO MONFORT, José: «Seguros de vida: declaración del riesgo. ¿Dolo del tomador o desidia rentable del asegurador?», en *La Ley*, 2008-2, D-86.
- ESCRIBANO TORTAJADA, Patricia: «La compensación del trabajo doméstico del artículo 1438 del Código Civil: remisión a la normativa catalana y valenciana», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 19, pp. 2077 ss.
- ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo de la: «La prenda de carteras dinámicas. Cuestiones prácticas», en *AAMT*, tomo XLII, pp. 55 ss.
- ESPINET ASENSIO, Joseph M^a: «La mediación: su autonomía», en *CDJ*, 2007-IV, pp. 207 ss.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Retracto arrendatario urbano en caso de dación en pago del inmueble arrendado. Inscripción sin notificación al arrendatario. Competencia del registrador para apreciar la situación en el procedimiento registral (Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1235 ss.
- FENOY PICÓN, Nieves: «Compraventa internacional de vehículos automóviles de segunda mano: aplicación de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980; no hay falta de conformidad; no denuncia en plazo de la falta de conformidad (comparación con la denuncia del TRLGDCU y otros modelos de Derecho privado europeo); desestimación de la indemnización solicitada por el comprador; descripción del sistema de la Convención de Viena de la falta de conformidad de la mercadería (Comentario a la STS de 17 de enero de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1299 ss.
- FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela: «Daño emergente extrabular derivado de lesiones consecuencia de accidente de circulación. Análisis de su resarcibilidad en la denominada jurisprudencia menor a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional», en *RDP*, núm. 21, 2008, pp. 65 ss.
- GARCÍA VARELA, Román: «Culpa exclusiva de la víctima», en *La Ley*, 2008-2, D-80.

- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», en *La Ley*, 2008-3, D-169.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «El estímulo fiscal a las donaciones», en *RJNot*, núm. 65, 2008, pp. 145 ss.
- GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE, Javier: «Aspectos jurídicos del contrato electrónico y su incidencia en la función notarial», en *AAMT*, tomo XLI, pp. 2281 ss.
- GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, Cecilia: «Las cláusulas de forma en las condiciones generales de la contratación. Panorama del derecho español», en *RDP*, núm. 21, 2008, pp. 135 ss.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M.^a del Carmen: «Responsabilidad civil de entidades aseguradoras de asistencia sanitaria por daños derivados de la asistencia médica de los facultativos de su cuadro médico (Comentario a la STS de 8 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1179 ss.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, M.^a Eshter: «Contratos previos a la perfección del contrato de compraventa de vivienda *CDJ*, 2007-IV, pp. 89 ss.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La nueva Directiva sobre el crédito al consumo o el discreto encanto de una *armonización total* (con muchas excepciones)», en *GJ*, núm. 6, 2008, pp. 25 ss.
- GUTIÉRREZ ESQUERDO, José: «El consumidor de vivienda», en *CDJ*, 2007-IV, pp. 265 ss.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón: «Tercería de mejor derecho: Preferencia de los créditos por cuotas de la Seguridad Social sin restringirse a la última anualidad vencida y no pagada. Concurrencia de un privilegio especial con otro general (Comentario a la STS de 3 de enero de 2008)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 1008 ss.
- INIESTA DELGADO, Juan José: «Doble venta de bienes inmuebles y venta de cosa ajena. Aplicabilidad de los arts. 1473 CC y 34 LH. Ausencia de buena fe del segundo comprador (Comentario a la STS de 7 de septiembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 707 ss.
- LAMA AYMÁ, Alejandra De: «El contrato de obra para la reparación de vehículos de motor», en *RDPr*, septiembre-octubre 2008, pp. 3 ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Crisis financiera estadounidense, tercero hipotecario y seguridad inmobiliaria: La STC 6/2008 y la reciente doctrina del TS», en *La Ley*, 2008-2, D-73.
- LEDESMA IBÁÑEZ, María Pilar: «El contrato de corretaje inmobiliario. Responsabilidad del corredor y efectos para el mediador de la crisis del contrato intermediado», en *CDJ*, 2007-IV, pp. 235 ss.
- LEGAZ ALFONSO, Edurne: «Responsabilidad civil por contagio de Hepatitis C como consecuencia de transfusión sanguínea. Prueba del nexo de causalidad. Fundamento de la responsabilidad y sujetos responsables (Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1207 ss.
- LYCZKOWSKA, Carolina: «Renuncia de derechos. Transacción sobre la responsabilidad extracontractual. Error en el convenio transaccional (Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1195 ss.
- MACÍAS CASTILLO, Agustín: «El consentimiento del menor y los actos de disposición sobre su derecho a la propia imagen», en *La Ley*, 2008-2, D-94.

- MAGRO SERVET, Vicente: «Alcance de la responsabilidad del peatón atropellado en la siniestralidad vial, ¿es posible que el conductor le reclame por daños y lesiones?», en *La Ley*, 2008-2, D-85.
- «La criminalización de la no devolución posesoria por el arrendatario del inmueble en el impago de alquileres», en *La Ley*, 2008-2, D-111.
- MARCO MOLINA, Juana: «Las nuevas tendencias legislativas en materia de perfección del contrato: la aproximación entre el *Civil* y el *Common Law* en las “nuevas leyes” o codificaciones del contrato», en *RDPr*, mayo-junio 2008, pp. 5 ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «La nueva regulación del arbitraje de consumo: el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero», en *La Ley*, 2008-2, D-82.
- MARTÍN CASALS, Miquel y SOLÉ FELIU, Joseph: «¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la LGDCU», en *RDPr*, septiembre-octubre 2008, pp. 81 ss.
- MARTÍN DIZ, Fernando: «Protección procesal del crédito transfronterizo en la Unión Europea: propuesta de orden de embargo de activos bancarios», en *DCE*, núm. 30, 2008, pp. 381 ss.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «Concepto, clases y régimen jurídico del contrato de *renting*», en *DN*, núm. 213, 2008, pp. 13 ss.
- MASIDE MIRANDA, Enrique: «La asunción de deuda», en *RCDI*, núm. 709, 2008, pp. 1961 ss.
- MÉNDEZ SERRANO, M.^a del Mar: «Responsabilidad por omisión del deber de información del profesional sanitario. Posibilidad de utilización de técnicas preventivas por edad avanzada en el estado de gestación. Daño moral a los padres por falta de información. Inexistencia de daño a la menor por el mero nacimiento (Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 85.
- MILLÁN SALAS, Francisco: «Terminación y efectos del contrato de arrendamiento rústico», en *RCDI*, núm. 709, 2008, pp. 2001 ss.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente L.: «El encargo», en *CDJ*, 2007-IV, pp. 43 ss.
- En este trabajo, el autor analiza el contrato de intermediación inmobiliaria, así como su delimitación respecto de otras figuras contractuales afines.
- MONTESINOS GARCÍA, Ana: «Supuestos en los que se puede acudir al arbitraje», en *RGLJ*, 2008-3, pp. 465 ss.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: «Cesión de derechos de crédito: existencia: préstamo garantizado con hipoteca asegurado por matrimonio para el caso de fallecimiento de cualquiera de ellos: cesión por precio a entidad por entrar la aseguradora en liquidación: extinción del crédito incluso en la parte a que el precio aceptado no alcanzó (Comentario a la STS de 25 de enero de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1349 ss.
- NAVARRO VIÑUALES, José M.^a: «Autocontratación y conflicto de intereses: Espacial referencia a la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *AAMT*, tomo XLI, pp. 415 ss.
- NIEVA FENOLL, Jordi: «Ampliación de las posibilidades de anulación del laudo arbitral», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 16, pp. 1709 ss.
- OCHOA ARRIBAS, Carlos: «Principales aspectos de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores», en *RDNT*, núm. 17, 2008, pp. 57 ss.

- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco: «Compraventa internacional de mercaderías. Venta CIF. Transmisión del riego. Seguro marítimo. Liquidación por abandono. Legitimación activa (Comentario a la STS 8 de mayo de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1479 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «Nulidad de pleno derecho de contrato de abandono por infracción de Reglamento comunitario (Comentario a la STS de 3 de octubre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 761 ss.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Responsabilidad civil extracontractual en el ámbito de la navegación aérea. Accidente en el que un helicóptero se precipita contra un pantalán del puerto deportivo de Mallorca. Plazo de prescripción de la acción de responsabilidad objetiva de la LNA. Relación entre el régimen de responsabilidad objetiva de la LNA y el de responsabilidad civil extracontractual común (Comentario a la STS de 25 de septiembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 733 ss.
- PEREDA GÁMEZ, Francisco Javier: «Algunos efectos de la intermediación inmobiliaria en el contrato de compraventa», en *CDJ*, 2007-IV, pp. 167 ss.
- PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA, Julio Ignacio: «Aspectos de la eficacia de la acción revocatoria ordinaria o pauliana», en *RGLJ*, 2008-3, pp. 533 ss.
- ROGEL VIDE, Carlos: «Culpa y responsabilidad civil extracontractual», en *RGLJ*, 2008-1, pp. 111 ss.
- RUBÍ PUIG, Antoni y SALVADOR CODERCH, Pablo: «Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales», en *InDret*, 2008-1.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert: «Responsabilidad medioambiental. Prueba del nexo causal. Sujetos responsables. Contratista y subcontratista públicos. Responsabilidad de las Administraciones Públicas. Ley de responsabilidad medioambiental (Comentario a la STS de 2 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1119 ss.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y RUBÍ PUIG, Antoni: «Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales», en *InDret*, 2008-1.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERA, Beatriz: «Ausencia de responsabilidad de la entidad bancaria prestamista por la existencia de una hipoteca anterior sobre la finca vendida», en *InDret*, 2008-1.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.^a Paz: «Función y desnaturalización de los protocolos de consentimiento informado», en *RJNot*, núm. 65, 2008, pp. 313 ss.
- SÁNCHEZ MELGAR, Julián: «La responsabilidad civil de los profesionales», en *AAMN*, tomo XL, pp. 9 ss.
- SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA, Alfredo: «Nulidad de contrato de cesión de despacho de loterías y apuestas. Restitución imposible. Causa torpe. Ejecución de sentencia (Comentario a la STS de 8 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1379 ss.
- SEBASTIÁN, Rafael: «La subordinación de los créditos de las personas jurídicas», *ADCon*, núm. 15, 2008, pp. 69 ss.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «El régimen de la responsabilidad civil derivada del ejercicio de la abogacía por cuenta ajena», en *InDret*, 2008-3.
- SOLÉ FELIU, Joseph y MARTÍN CASALS, Miquel: «¿Refundir o legislar? Algunos problemas de la regulación de la responsabilidad por productos y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la LGDCU», en *RDP*, septiembre-octubre 2008, pp. 81 ss.
- TASENDE CALVO, Julio J.: «El contrato de mediación inmobiliaria en la compraventa de vivienda», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 21, pp. 2309 ss.

- VALL RIUS, Ana María: «LA mediación: realidad y retos de futuro», en *La Ley*, 2008-3, D-165.
- VAQUERO PINTO, María José: «Resolución de compraventa de terrenos por incumplimiento de la obligación legal de constancia de situación urbanística en el título correspondiente: exclusión de la facultad de provocar la resolución por razón de la cognoscibilidad de la información urbanística conforme a un actuar diligente del comprador. Naturaleza resolutoria de la facultad de desvinculación (Comentario a la STS de 8 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1149 ss.
- VENDRELL SANTIVERI, Enrique: «El profesional de la intermediación inmobiliaria», en *CDJ*, 2007-IV, pp. 11 ss.
- VICENTE DOMINGO, Elena: «Responsabilidad civil del fabricante de productos defectuosos. Daños en establecimiento comercial a consecuencia del incendio de un vehículo prácticamente nuevo estacionado en el garaje. Carga de la prueba del defecto, del daño y del nexo causal (Comentario a la STS de 30 de abril de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1439 ss.

DERECHOS REALES. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

- AMAT LLOMBART, Pablo: «El estatuto jurídico de la propiedad privada inmobiliaria en el Código Civil y la constitución. Su especial configuración por la Ley de Suelo 2007», en *RGLJ*, 2008-3, pp. 399 ss.
- ANDERSON, Miriam: «Cesión gratuita del uso de una vivienda a un matrimonio por parte de los progenitores del marido. Separación matrimonial con atribución del uso de la vivienda a la esposa. Fallecimiento de los propietarios de la vivienda. Partición en fraude del derecho de uso: desestimación de la acción reivindicatoria interpuesta por el adjudicatario de la vivienda en partición (Comentario a la STS de 18 de marzo de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1419 ss.
- AZOFRA, Fernando: «Hipotecas flotantes», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pp. 1179 ss.
- BATUECAS CALETRÍO, Alfredo: «La extromisión de deuda la luz del artículo 1205 del Código civil», en *RDP*, enero-febrero 2008, pp. 63 ss.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Propiedad Intelectual: infracción del derecho de comunicación pública de productores audiovisuales; aplicación de tarifas generales para determinación de la indemnización de daños y perjuicios (Comentario a la STS de 15 de enero de 2008)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 1055 ss.
- «Fonogramas: derechos de los artistas sobre sus interpretaciones o ejecuciones grabadas; derechos de los productores de fonogramas; derechos de los artistas sobre su nombre y sobre su imagen (Comentario a la STS de 20 de diciembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1249 ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «Desde la accesoriedad de la hipoteca a la accesoriedad del crédito. Los problemas de una inversión», en *AAMT*, tomo XL, pp. 433 ss.
- CABALLERO LOZANO, José María: «Accesión inmobiliaria: construcción en terreno ajeno con materiales propios. Indemnización de daños y perjuicios a favor del dueño del terreno: improcedencia, extraña al art. 361 CC (Comentario a la STS de 12 de febrero de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1401 ss.

- CONTIJOCH PRATDESABA, Ramón: «Llei del dret a l'habitatge i el seu vessant arrendatari», en *RJC*, 2008-4, pp. 1061 ss.
- CLOSSIALS UBACH, Andrés Miguel: «La transmisión de finca inferior a la Unidad Mínima de Cultivo», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pp. 1073 ss.
- DELGADO RAMOS, Joaquín: «Efectos jurídicos de la delimitación geográfica de las fincas en el Registro de la Propiedad», en *RDNT*, núm. 17, 2008, pp. 17 ss.
- ESPERANZA RODRÍGUEZ, Pablo de la: «La prenda de carteras dinámicas. Cuestiones prácticas», en *AAMT*, tomo XLII, pp. 55 ss.
- ESTRUCH ESTRUCH, Jesús: «Elementos comunes del edificio. Consideración de la fachada de cerramiento del edificio como elemento común. Apertura de una puerta y ampliación de dos ventanales de un local comercial en el que existían tres ventanas sin contar con el consentimiento de la Junta de Propietarios. Obras ilegales por modificar la configuración externa del edificio determinante de su apariencia. Limitaciones de los locales comerciales para realizar alteraciones en la fachada del edificio (Comentario a la STS de 10 de octubre de 2007)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1095 ss.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, Javier: «Retracto arrendatario urbano en caso de dación en pago del inmueble arrendado. Inscripción sin notificación al arrendatario. Competencia del registrador para apreciar la situación en el procedimiento registral (Comentario a la STS de 10 de diciembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1235 ss.
- FERNÁNDEZ APARICIO, Juan Manuel: «La difícil delimitación entre elementos comunes y privativos: conducciones y canalizaciones», en *RJNot*, núm. 65, 2008, pp. 129 ss.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «La protección de la marca renombrada ante la lesión de su renombre. El uso relevante de la marca y su caducidad. Comentario de la sentencia del TS de 7 de mayo de 2007», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 171 ss.
- GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael: «Adopción e impugnación de acuerdos de la junta de propietarios en la propiedad horizontal», en *AAMT*, tomo XL, pp. 111 ss.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, Manuel: «El leasing inmobiliario como garantía real anómala», en *AAMT*, tomo XLII, pp. 211 ss.
- GORDILLO CAÑAS, Antonio: «¿Monismo o dualismo hipotecario? Hablen los autores del sistema», en *AAMT*, tomo XLII, pp. 95 ss.
- «Fe pública registral: protección de la adquisición *a debitore non dominio* en procedimiento de apremio. Fijación de la doctrina jurisprudencial al respecto (Comentario a la STS de 5 de marzo de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 537 ss.
- HERNÁNDEZ, José A.: «La aplicación del ADPIC a las patentes europeas con reivindicación de productos farmacéuticos, vigentes en la fecha de entrada en vigor del acuerdo en España», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 97 ss.
- JIMÉNEZ PARÍS, Teresa Asunción: «Régimen jurídico de las obras de accesibilidad a favor de mayores y discapacitados. Estudio de la reforma de la LPH por Ley 51/2003, de 2 de diciembre», en *RCDI*, núm. 708, 2008, pp. 1621 ss.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «Comunicaciones electrónicas *peer-to-peer* (P2P) versus derechos de autor», en *La Ley*, 2008-3, D-159.
- LAUROBA LACASA, M.^a Elena: «Una relectura de la propiedad y su función en el Código civil catalán», en *RJC*, 2008-4, pp. 1025 ss.

- LÓPEZ BLETRÁN DE HEREDIA, Carmen: «Acción reivindicatoria contra el poseedor de varias fincas interpuesta por los adquirentes del fiduciario o titular aparente (Comentario a la STS de 20 de diciembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1259 ss.
- LORA-TAMAYO, Isidoro: «Aspectos notariales del aprovechamiento por turno de bienes inmuebles», en *AAMT*, tomo XL, pp. 171 ss.
- MARSAL GUILLAMET, Joan: «El dret d'ús en el Codi civil de Catalunya», en *RJC*, 2008-3, pp. 677 ss.
- MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel: «Sobre el título inscrito», en *AAMT*, tomo XL, pp. 325 ss.
- MARTÍNEZ VELENCOZO, Luz M.: «Cuestiones económicas en torno a las reglas de transmisión de la propiedad y de publicidad inmobiliaria», en *InDret*, 2008-4.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, Ignacio: «Falsificación del título y protección registral», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 133 ss.
- MASSAGER FUENTES, José: «De nuevo sobre el acuerdo sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y la protección jurídica de las patentes viejas relativas a invenciones químicas y farmacéuticas», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 43 ss.
- MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P.: «Estado, Propiedad, Mercado», en *RCDI*, núm. 708, 2008, pp. 1497 ss.
- MIQUEL SILVESTRE, José Antonio: «Hipoteca inversa: algunas hipótesis de conflicto», en *La Ley*, 2008-2, D-116.
- MONTAÑÁ MORA, Miquel: «Los daños y perjuicios por infracción de las patentes», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 127 ss.
- MUÑIZ ESPADA, Esther: «Cesión de derechos de crédito: existencia: préstamo garantizado con hipoteca asegurado por matrimonio para el caso de fallecimiento de cualquiera de ellos: cesión por precio a entidad por entrar la aseguradora en liquidación: extinción del crédito incluso en la parte a que el precio aceptado no alcanzó (Comentario a la STS de 25 de enero de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1349 ss.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: «División de la subcomunidad existente sobre local de garaje, atribuyendo a cada uno de los titulares de cuotas la propiedad exclusiva de concretas plazas de garaje. Nulidad de la venta de cuota de local con indicación de que da derecho a plaza de aparcamiento cuando el aprovechamiento se ha agotado (Comentario a la STS de 10 de enero de 2008)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 1017 ss.
- PASQUALIS, Paolo: «La actividad documental de los Notarios en la Unión Europea y los Registros Públicos», en *AAMT*, tomo XL, pp. 415 ss.
- PILEÑO MARTÍNEZ, Carmen: «La hipoteca inversa: ¿una solución para nuestros mayores?», en *DN*, núm. 216, 2008, pp. 37 ss.
- PIÑEL LÓPEZ, Enrique: «El usufructo de particiones de fondos de inversión inmobiliaria», en *AAMT*, tomo XLII, pp. 155 ss.
- PRADA GUAITA, Vicente María de: «La autonomía de la voluntad y las cláusulas no inscribibles», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 371 ss.
- RAJOY BREY, Enrique: «La independencia del regulador hipotecario», en *RCDI*, núm. 708, 2008, pp. 1591 ss.
- REPRESA POLO, M.^a Patricia: «El usufructo con facultad de disposición», en *RDPr*, julio-agosto 2008, pp. 31 ss.
- RODRÍGUEZ SÁNCHEZ, José Simeón: «El Libro Blanco sobre el mercado hipotecario y la función de los registros de la propiedad europeos», en *La Ley*, 2008-3, D-139.

- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz: «Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pp. 1245 ss.
- «Las cláusulas del préstamo hipotecario: su acceso registral tras la Ley 41/2007», en *La Ley*, 2008-3, D-157.
- SALAS CARCELLER, Antonio: «La compensación por copia privada. Estado de la cuestión e intereses en conflicto», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 18, pp. 1964 ss.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, José Carlos: «El nuevo recurso contra las calificaciones de los registradores», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 175 ss.
- SERRANO, M.^a Eugenia: «Propiedad horizontal: elementos comunes: existencia: fachada de cerramiento del edificio: elemento integrante de la configuración física del inmuebles y de su apariencia exterior: muro de separación de la planta baja respecto de la vía pública; alteración: existencia: apertura de puerta de acceso a la vía pública en fachada de cerramiento del edificio: local sin salida directa a la calle y dotado por ello de servidumbre recíproca de paso con el local contiguo: afectación de la configuración física del inmueble y de su apariencia exterior: irrelevancia de la falta de afectación de los elementos estructurales de la fachada (Comentario a la STS de 10 de octubre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 801 ss.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo: «La nueva Ley del Cine y la autoría de la obra cinematográfica», en *La Ley*, 2008-3, D-128.
- ZURITA MARTÍN, Isabel: «La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa», en *RCDI*, núm. 707, 2008, pp. 1275 ss.

DERECHO DE FAMILIA

- AGUILERA RODERO, Juan: «Análisis sobre la sujeción de los bienes gananciales ante deudas contraídas por uno de los cónyuges, con especial consideración de los artículos 1365 y 1366 del Código Civil», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 14, pp. 1593 ss.
- ALONSO CRESPO, Evelia: «Ley de adopción internacional: forma de dejar sin efecto –o variar– una adopción de este tipo (nulidad, modificación o revisión, conversión) y sus consecuencias en la adopción nacional», en *La Ley*, 2008-2, D-117.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago: «Reflexiones sobre la Ley 54/2007, de adopción internacional», en *La Ley*, 2008-2, D-90.
- ANDERSON, Miriam: «Cesión gratuita del uso de una vivienda a un matrimonio por parte de los progenitores del marido. Separación matrimonial con atribución del uso de la vivienda a la esposa. Fallecimiento de los propietarios de la vivienda. Partición en fraude del derecho de uso: desestimación de la acción reivindicatoria interpuesta por el adjudicatario de la vivienda en partición (Comentario a la STS de 18 de marzo de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1419 ss.
- AUTORINO STANZIONE, Gabriella: «Patrimonio, persona y nuevas técnicas de gobierno del derecho: incentivos, premios, sanciones, alternativas», en *RDP*, julio-agosto 2008, pp. 65 ss.
- AYARZA SANCHO, José Alberto: «La influencia de la autonomía de la voluntad en la filiación determinada por el reconocimiento», en *La Ley*, 2008-3, D-127.

- BARDAJÍ GÁVEZ, María: «La orientación sexual como factor determinante de la idoneidad para adoptar», en *RDP*, mayo-junio 2008, pp. 55 ss.
- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Ejecución de sentencias extranjeras en materia de familia. Mecanismos actuales de cooperación jurídica europea e internacional», en *PJ*, núm. 85, 2007, pp. 35 ss.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis: «Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre. Aplicación de la Ley española», en *La Ley*, 2008-3, D-162.
- CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier: «Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007, de 28 de diciembre. Aplicación de la Ley española», en *La Ley*, 2008-3, D-162.
- CASANOVAS I MUSSONS, Anna: «Pacto incluido en convenio regulador de separación judicial por el que se adjudica la mitad del piso ganancial a la esposa y la otra mitad a los tres hijos del matrimonio. Donación ineficaz por defectos formales: no formalización en escritura pública de la donación y de la aceptación. División de piso común: procedencia (Comentario a la STS de 24 de enero de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1341 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «La sociedad de gananciales ante la Ley Concursal», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 20, pp. 2189 ss.
- CUESTA SÁENZ, José María de la: «Los efectos colaterales de las reformas. Filiación y patria potestad», en *EDJ*, núm. 130, 2007, pp. 211 ss.
- DELGADO MARTÍN, Joaquín: «La patria potestad compartida en los procedimientos matrimoniales», en *EDJ*, núm. 130, 2007, pp. 153 ss.
- DIAGO DIAGO, M.ª Pilar y ZABALO ESCUDERO, Elena: «Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista», en *EDJ*, núm. 130, 2007, pp. 245 ss.
- ESPINAR VICENTE, José Mº: «Reflexiones sobre algunas de las perplejidades que suscita la nueva regulación de la adopción internacional», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 18, pp. 1949 ss.
- FERNÁNDEZ CAMPOS, Juan Antonio: «Derecho de uso sobre vivienda familiar y partición ganancial (Comentario a la STS de 27 de junio de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 585 ss.
- FORCADA MIRANDA, Francisco Javier: «Novedades en la pensión compensatoria: la compensación por desequilibrio», en *EDJ*, núm. 130, 2007, pp. 93 ss.
- GÓMEZ MAGAN, Pilar: «Síndrome de alienación parental (SAP)», en *RDF*, núm. 38, 2008, pp. 63 ss.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina: «La custodia compartida alternativa», en *InDret*, 2008-2.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La empresa familiar y el derecho de sociedades», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 99 ss.
- GARRIGA GORINA, Margarita: «El criterio de la continuidad frente a la guarda conjunta», en *InDret*, 2008-3.
- LAMARCA I MARQUÉS, Albert: «Autonomía privada e intervención pública en las acciones de filiación. La reforma del BGB», en *InDret*, 2008-3.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel: «El uso gratuito por un cónyuge tras la separación o divorcio de la vivienda familiar propiedad de un tercero: ¿Comodato o precario?», en *RDP*, enero-febrero 2008, pp. 13 ss.
- MARTÍN GARCÍA, María del Lirio: «Aproximación a la figura de la adopción internacional», en *RDP*, mayo-junio 2008, pp. 85 ss.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos: «Acuerdos entre convivientes *more uxorio*», en *AAMT*, tomo XL, pp. 201 ss.
- «El nuevo matrimonio civil», en *EDJ*, núm. 130, 2007, pp. 13 ss.

- NAVARRO VALSS, Rafael: «Estabilidad del matrimonio y defensa legal de la heterosexualidad», en *EDJ*, núm. 130, 2007, pp. 311 ss.
- PABLO CONTRERAS, Pedro de: «La Constitución y la Ley 13/2005, de 1 de julio, de reforma del Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio», en *EDJ*, núm. 130, 2007, pp. 59 ss.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: «Repercusiones en el ámbito del Derecho sucesorio de las novedades legislativas en materia matrimonial», en *EDJ*, núm. 130, 2007, pp. 199 ss.
- PÉREZ MARTÍN, Antonio Javier: «La determinación del régimen económico-matrimonial», en *RDF*, núm. 38, 2008, pp. 1297 ss.
- ROCA I TRIAS, Encarna: «La liquidació del règim de separació de béns a Catalunya», en *RJC*, 2008-3, pp. 651 ss.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María: «La extinción de la pensión compensatoria por el cese de la causa que la motivó. Especial referencia a los trabajos ocasionales», en *RJNot*, núm. 65, 2008, pp. 301 ss.
- SERRANO DE NICOLÁS, Ángel: «Régimen jurídico de la hipoteca inversa», en *RDP*, enero-febrero 2008, pp. 33 ss.
- SERRANO GARCÍA, José Antonio: «La comunidad conyugal en liquidación (I)», en *RJNot*, núm. 65, 2008, pp. 343 ss.
- TENA PIAZUELO, Isaac: «Los efectos colaterales de las reformas. La mediación familiar», en *EDJ*, núm. 130, 2007, pp. 221 ss.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J.: «Familias monoparentales y fondo de garantía del pago de alimentos», en *La Ley*, 2008-3, D-174.
- ZABALO ESCUDERO, Elena y DIAGO DIAGO, M.ª Pilar: «Matrimonio entre personas del mismo sexo: perspectiva internacional privatista», en *EDJ*, núm. 130, 2007, pp. 245 ss.

DERECHO DE SUCESIONES

- ANDERSON, Miriam: «Cesión gratuita del uso de una vivienda a un matrimonio por parte de los progenitores del marido. Separación matrimonial con atribución del uso de la vivienda a la esposa. Fallecimiento de los propietarios de la vivienda. Partición en fraude del derecho de uso: desestimación de la acción reivindicatoria interpuesta por el adjudicatario de la vivienda en partición (Comentario a la STS de 18 de marzo de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1419 ss.
- BERMEJO PUMAR, María Mercedes: «El sistema legitimario en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia (Primera parte)», en *RJNot*, núm. 65, 2008, pp. 9 ss.
- MARSALGUILLAMET, Joan: «Constitucionalidad de la Disposición Transitoria Tercera del Código de Sucesiones de Cataluña (Comentario a la STS 5 de mayo de 2008)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1469 ss.
- PEINADO RUANO, Julián: «La transmisión *mortis causa* de la empresa mercantil», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 403 ss.
- PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel: «Repercusiones en el ámbito del Derecho sucesorio de las novedades legislativas en materia matrimonial», en *EDJ*, núm. 130, 2007, pp. 199 ss.
- PÉREZ GALLARDO, Leonardo B.: «En pos de necesarias reformas al Derecho Sucesorio en Latinoamérica (I)», en *RGLJ*, 2008-2, pp. 195 ss.
- «En pos de necesarias reformas al Derecho Sucesorio en Latinoamérica (II)», en *RGLJ*, 2008-3, pp. 495 ss.

- PÉREZ SIMEÓN, Maurici: «La prelación entre el derecho de representación y el acrecimiento en la sucesión testamentaria», en *InDret*, 2008-3.
- ROMERO HERRERO, Honorio: «Responsabilidad del heredero y del legatario», en *AAMT*, tomo XLI, pp. 453 ss.
- SEISDEDO MUIÑO, Ana: «Jurisprudencia comentada: el principio de igualdad ante la ley en las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Constitución (Comentario a la STS de 31 de julio de 2007)», en *RDPr*, enero-febrero 2008, pp. 89 ss.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz: «El régimen de colación de gastos en el Código Civil», en *RCDI*, núm. 709, 2008, pp. 2031 ss.
- VIRGÓS SORIANO, Miguel: «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», en *AAMT*, tomo XLII, pp. 181 ss.

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

- ALEMÁN LAÍN, Pedro: «Alcance de un criterio de eficiencia económica en la argumentación judicial. El caso de la jurisprudencia norteamericana sobre sociedades anónimas», en *RDM*, núm. 267, 2008, pp. 215 ss.
- CABANAS TREJO, Ricardo: «La aplicación de la reforma mercantil por la Dirección General de los Registros y del Notariado», en *AAMT*, tomo XLII, pp. 129 ss.
- CANDELARIO MACÍAS, M.^a Isabel: «Comentario acerca de la ordenación del Diseño industrial Comunitario», en *GJ*, núm. 4, 2008, pp. 9 ss.
- FAYOS FERRER, Juan Bautista: «Algunas reflexiones sobre el derecho de asignación gratuita en los aumentos de capital con cargo a reservas o beneficios», en *RDM*, núm. 267, 2008, pp. 169 ss.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel: «Protección de la propiedad industrial a través de la Ley de Competencia Desleal», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 345 ss.
- FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón: «La protección de la marca renombrada ante la lesión de su renombre. El uso relevante de la marca y su caducidad. Comentario de la sentencia del TS de 7 de mayo de 2007», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 171 ss.
- FONT I RIBAS, Antoni i GÓMEZ TRINIDAD, Silvia: «Primera aproximación a la Ley 15/2007 de defensa de la competencia», en *RJC*, 2008-3, pp. 1101 ss.
- GARCÍA GARCÍA, Enrique: «Jurisprudencia más relevante en materia de propiedad industrial. La jurisprudencia menor de la Sección especializada en lo mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid en patentes, modelos de utilidad y diseño industrial», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 185 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La empresa familiar y el derecho de sociedades», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 99 ss.
- GIMENO BAYÓN, Rafael: «Aproximación al valor y daño a la marca como activo intangible», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 285 ss.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Pedro María: «Protección de la propiedad industrial por la Ley de Competencia Desleal: examen de la jurisprudencia», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 367 ss.

- GÓMEZ TRINIDAD, Silvia i FONT I RIBAS, Antoni: «Primera aproximación a la Ley 15/2007 de defensa de la competencia», en *RJC*, 2008-3, pp. 1101 ss.
- GRIMALDOS GARCÍA, María Isabel: «La gestión de la tesorería empresarial: aproximación al significado jurídico del contrato de *confirming*», en *RDM*, núm. 267, 2008, pp. 61 ss.
- LEVA DEVESÀ, Carlos: «Límites al derecho de marca y publicidad indirecta», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 325 ss.
- MAROÑO GARGALLO, María del Mar: «Explotación comercial de la propia imagen. Ley de competencia desleal: cláusula general y actos desleales de imitación (Comentario a la STS de 28 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 903 ss.
- MARTÍN OSANTE: «El embargo preventivo de buques: convenio de Bruselas de 1952 y *lex foris*», en *RDM*, núm. 267, 2008, pp. 119 ss.
- MASSAGER FUENTES, José: «De nuevo sobre el acuerdo sobre los aspectos de propiedad intelectual relacionados con el comercio y la protección jurídica de las patentes viejas relativas a invenciones químicas y farmacéuticas», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 43 ss.
- PASCUAL PONS, Carlos: «Las prácticas facilitadoras de Resultados Anticompetitivos», en *GJ*, núm. 5, 2008, pp. 17 ss.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio: «Procedimiento sancionador español en materia de conductas anticompetitivas», en *GJ*, núm. 6, 2008, pp. 9 ss.
- PEINADO RUANO, Julián: «La transmisión *mortis causa* de la empresa mercantil», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 403 ss.
- ROMERO FERNÁNDEZ, Jesús Antonio: «Normas especiales para las sociedades profesionales de capitales», en *RDM*, núm. 268, 2008, pp. 569 ss.
- RUÍZ PÉRIS, Juan Ignacio: «Determinación de la cuantía de la indemnización por incumplimiento de las normas de defensa de la competencia», en *DN*, núm. 217, 2008, pp. 5 ss.
- SÁNCHEZ GRAELLS, A. y MARCOS FERNÁNDEZ, F.: «Necesidad y sentido de los consejeros independientes. Dificultades para el transplante al derecho de las sociedades cotizadas españolas», en *RDM*, núm. 268, 2008, pp. 499 ss.
- SÁNCHEZ REGUERO, David: «La escisión de rama de actividad y la sucesión de la empresa», en *DN*, núm. 218, 2008, pp. 5 ss.
- SORIANO GUZMÁN, Francisco José: «Coge la marca comunitaria y corre», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 17, pp. 1833 ss.
- ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: «El consignatario como representante del naviero», en *RDM*, núm. 268, 2008, pp. 625 ss.

DERECHO DE SOCIEDADES

- BETTSCHEN CAPA, Blanca: «La difícil separación del socio en las sociedades anónimas y limitadas: necesidad de una reforma legislativa», en *La Ley*, 2008-3, D-140.
- CAÑO PELOP, J. R. del: «Suspensión de derechos políticos en las normativa de OPAS», en *RDS*, núm. 30, 2008, pp. 195 ss.
- CARBAJO CASCÓN, Fernando: «Sociedades: Responsabilidad de administradores de sociedad anónima por no promover la disolución de la sociedad; determinación de las causas de disolución por reducción del patrimonio por debajo de la mitad del capital social (quiebra y pérdidas cualificadas) y por imposible cumplimiento del fin social; *dies ad quo* en el cómputo del plazo bimensual de que disponen los administradores para convocar

- la Junta General que decida sobre la disolución de la sociedad, dependiendo de la causa de disolución examinada; determinación de la fecha de cese efectivo en el cargo de administrador: irrelevancia de la inscripción registral al carecer de carácter constitutivo (Comentario a la STS de 4 de julio de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 595 ss.
- CARRIAZO PÉREZ DE GUZMÁN, Tiscar: «Acciones societarias frente al administrador social de la sociedad concursada», en *EDJ*, núm. 123, 2007, pp. 147 ss.
- COLINO MEDIAVILLA, J. L.: «Necesidad del consentimiento de los cuotapartícipes para suprimir su derecho de suscripción preferente», en *RDS*, núm. 30, 2008, pp. 109 ss.
- DURÁN DE LA COLINA, Pablo: «Las prestaciones accesorias en las sociedades de capital», en *AAMT*, tomo XLÍ, pp. 155 ss.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis: «La publicidad registral de las sociedades civiles profesionales en el Registro Mercantil», en *RDM*, núm. 267, 2008, pp. 7 ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Isabel: «Luces y sombras en la reforma de OPAs: el papel de la junta general en relación con las medidas defensivas», en *RDBB*, núm. 110, 2008, pp. 7 ss.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: «El informe sobre la OPA del órgano de administración de la sociedad afectada», en *RDS*, núm. 30, 2008, pp. 33 ss.
- GARCÍA-NOBLEJAS MONTERO, P.: «Procedencia y alcance de la constancia estatutaria de la retribución de los administradores de sociedades cotizadas consistente en programas de opciones sobre acciones y sistemas similares», en *RDS*, núm. 30, 2008, pp. 163 ss.
- GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel: «La empresa familiar y el derecho de sociedades», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 99 ss.
- MARCOS, F.: «La información a los trabajadores en las Ofertas Públicas de Adquisición», en *RDS*, núm. 30, 2008, pp. 229 ss.
- MARTÍNEZ MAJRTÍNEZ, D. F.: «La armonización del derecho societario europeo en el siglo XXI: un análisis sistemático desde la integración uniforme De Las Fuentes Comunitarias», En *Rds*, Núm. 30, 2008, Pp. 239 Ss.
- MIRANDA SERRANO, Luis María: «La regla de *minimis* en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo», en *DN*, núm. 216, 2008, pp. 5 ss.
- MÚÑOZ PÉREZ, A. F.: «El concepto amplio de concierto como presupuesto de la OPA imperativa en el Derecho español», en *RDS*, núm. 30, 2008, pp. 45 ss.
- ORTEGA DÍAZ, Juan Francisco: «administradores: Responsabilidad por no inscripción del cese de administradores (Comentario a la STS de 25 de septiembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 747 ss.
- PEÑAS MOYANO, B.: «Las categorías de acciones en el derecho societario alemán: concepto y tipología y tutela de las mismas», en *RDS*, núm. 30, 2008, pp. 123 ss.
- RAMOS, M.^a E.: «Código de la Insolvencia portugués y responsabilidad civil de los administradores», en *RDS*, núm. 30, 2008, pp. 279 ss.
- RICO CARRILLO, Mariliana: «La evolución normativa en el Derecho español de OPAs», en *DN*, núm. 213, 2008, pp. 5 ss.
- SAEZ LACAVE, María Isabel: «Las bases económicas del derecho de la junta de socios», en *Indret*, 2008-2.
- SÁNCHEZ PACHÓN, Luis Ángel: «Inscripción de escritura de constitución de una sociedad de responsabilidad limitada en cuyo objeto social se incluye la gestión administrativa y los servicios de asesoramiento contable, fiscal y jurídico. Innecesidad de constituirse como sociedad profesional *stricto*

- sensu*, pudiendo serlo como sociedad de intermediación sin proporcionar directamente prestaciones que habrán de desarrollar los profesionales personas físicas. Calificación del Registrador sobre el fondo del asunto limitada a lo que resulte de la escritura y de los asientos registrales, teniendo en cuenta, no obstante, la intención de los otorgantes reflejada en el negocio documentado (Comentario a la RDGRN de 21 de diciembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 78, 2008, pp. 1277 ss.
- TAPIA HERMIDA, Antonio: «La acción de oro («golden share»)», en *RDBB*, núm. 110, 2008, pp. 199 ss.
- TERREROS CEBALLOS, Gonzalo: «El Consejero independiente», en *RDBB*, núm. 111, 2008, pp. 11 ss.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Las ofertas públicas de adquisición de valores y el control de las concentraciones económicas», en *RDBB*, núm. 111, 2008, pp. 41 ss.

INSTITUCIONES Y AGENTES AUXILIARES DEL TRÁFICO

- ALEMANY EGUIDAZU, Jesús: «Las personas interpuestas en los Mercados de Valores», en *RDBB*, núm. 110, 2008, pp. 87 ss.
- BENAVIDES DEL REY, José Luis: «La publicidad registral mercantil: aspectos sustantivos y formales. Nuevas perspectivas de la sociedad de la información», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 317 ss.
- PALÁ LAGUNA, Reyes: «Las competencias de supervisión en materia de Bolsas de Valores», en *RDBB*, núm. 110, 2008, pp. 129 ss.
- ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, Carmen: «Justificación de la aplicación a los fondos de inversión inmobiliaria del sistema de control y la normativa de carácter financiero establecida en el mercado de valores», en *RDBB*, núm. 111, 2008, pp. 131 ss.

CONTRATOS MERCANTILES

- BALDÓ ROCA, Carmen: «Aplicación del artículo 3 de la Ley de Contrato de Seguro a un contrato de seguro marítimo», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 17, pp. 1848 ss.
- FUENTES NAHARRO, Mónica: «Cartas de patrocinio: algunas reflexiones sobre la construcción jurisprudencial del fenómeno», en *RDBB*, núm. 110, 2008, pp. 49 ss.
- MARTÍNEZ CAÑELLAS, Anselmo: «Concepto, clases y régimen jurídico del contrato de *renting*», en *DN*, núm. 213, 2008, pp. 13 ss.
- ZUBIRI DE SALINAS, Mercedes: «Reclamación de cantidad de la compañía aseguradora contra la consignataria del buque. La aseguradora se subroga en la posición de su asegurada a la que había abonado los daños causados en la mercancía transportada por parte del porteador. Responsabilidad del consignatario por los daños causados durante el transporte. El consignatario tiene la condición de naviero conforme al art. 586.2 del Código de comercio y art. 3 de la LTM según se ha interpretado por la jurisprudencia. La sentencia del Pleno de la Sala Primera, con voluntad unificadora y correctora de otras dos sentencias anteriores de la misma Sala, declara que esa responsabilidad es legal, directa y solidaria (Comentario a la STS de 26 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 867 ss.

TÍTULOS VALOR. LETRA DE CAMBIO Y CHEQUE

- MADRID PARRA, Agustín: «Los valores hipotecarios tras la Ley 41/2007», en *DN*, núms. 214-215, 2008, pp. 7 ss.
- PÉREZ MILLÁN, David: «Los billetes de lotería: función del documento, consecuencias de su pérdida y nuevos mecanismos para su adquisición», en *RDBB*, núm. 111, 2008, pp. 181 ss.
- PIZARRO MORENO, Manuel: «El mercado de los títulos de valores en una economía englobalizada», en *AAMT*, tomo XLI, pp. 371 ss.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio: «La nueva póliza intervenida», en *RJNot*, núm. 65, 2008, pp. 275 ss.
- VARA DE PAZ, Nemesio: «Las ofertas públicas de adquisición de valores y el control de las concentraciones económicas», en *RDBB*, núm. 111, 2008, pp. 41 ss.

DERECHO CONCURSAL

- ÁLVAREZ RUBIO, Julio: «Algunas reflexiones en torno a la reforma del *fresh start* del consumidor en USA», *ADCon*, núm. 14, 2008, pp. 233 ss.
- BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M.: «El nuevo derecho concursal español», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 465 ss.
- «En torno a la *naturaleza* de la responsabilidad concursal», *ADCon*, núm. 14, 2008, pp. 329 ss.
- BLANQUER UBEROS, Roberto: «El concurso de los cónyuges en gananciales o impropiamente el concurso del matrimonio», en *RDCP*, núm. 14, 2008, pp. 17 ss.
- BLASCO, Ángel: «El expediente concursal de regulación de empleo», *ADCon*, núm. 14, 2008, pp. 17 ss.
- CARRIAZO PÉREZ DE GUZMÁN, Tiscar: «Acciones societarias frente al administrador social de la sociedad concursada», en *EDJ*, núm. 123, 2007, pp. 147 ss.
- CORDÓN, Faustino: «Las relaciones entre el concurso y el arbitraje», *ADCon*, núm. 15, 2008, pp. 9 ss.
- CUENA CASAS, Matilde: «La sociedad de gananciales ante la Ley Concursal», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 20, pp. 2189 ss.
- DÍAZ, Manuel: «Ejecución provisional de la sentencia de calificación culpable del concurso», *ADCon*, núm. 15, 2008, pp. 187 ss.
- FERRE, Miguel y LEÓN, Francisco-José: «Las cuentas en participación y el concurso», *ADCon*, núm. 15, 2008, pp. 33 ss.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J.: «Acuerdos de garantía financiera y riesgo concursal: un estudio de los problemas de ley aplicable», en *RDCP*, núm. 14, 2008, pp. 75 ss.
- HUALDE, Ibon: «Incidencia de la ineficacia sobrevenida del concurso en el vencimiento anticipado de los créditos concursales», *ADCon*, núm. 15, 2008, pp. 203 ss.
- LARGO GIL, Rita: «El convenio concursal mediante la modificación estructural de la sociedad concursada (algunas consideraciones a los cuatro años de la entrada en vigor de la Ley Concursal)», en *RDCP*, núm. 14, 2008, pp. 87 ss.

- LEÓN, Francisco-José y FERRE, Miguel: «Las cuentas en participación y el concurso», *ADCon*, núm. 15, 2008, pp. 33 ss.
- MONTSERRAT, Antonio: «Los efectos generales de la declaración de concurso sobre los contratos bilaterales», *ADCon*, núm. 14, 2008, pp. 71 ss.
- PEITEADO, Pilar: «La competencia para la ejecución de garantías reales vinculadas a bienes no afectos a la actividad económica del concursado», *ADCon*, núm. 15, 2008, pp. 159 ss.
- PULGAR EZQUERRA, Juana: «Concurso y consumidores en el marco del Estado Social del Bienestar», en *RDCP*, núm. 14, 2008, pp. 43 ss.
- SANJUÁN MÚÑOZ, Enrique: «La capacidad procesal del concursado tras la declaración del concurso de acreedores», en *EDJ*, núm. 123, 2007, pp. 175 ss.
- SEBASTIÁN, Rafael: «La subordinación de los créditos de las personas jurídicas», *ADCon*, núm. 15, 2008, pp. 69 ss.

DERECHO URBANÍSTICO Y DEL MEDIO AMBIENTE

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge: «Construcción de estaciones de suministro de carburantes en grandes establecimientos comerciales», en *RDU*, núm. 242, 2008, pp. 87 ss.
- ALCÁZAR MOLINA, Manuel-G.: «Mercado inmobiliario y catastro», en *RDU*, núm. 244, 2008, pp. 11 ss.
- BLÁZQUEZ ALONSO, Jordi y YANGUAS MONTERO, Guillermina: «La nueva responsabilidad medioambiental», en *RDU*, núm. 245, 2008, pp. 101 ss.
- CHINCHILLA PEINADO, Juan Antonio: «El control municipal de los actos de uso del suelo y edificación a través de la figura de la comunicación previa como alternativa a la licencia urbanística. Análisis de la regulación legal y municipal y de la aplicación judicial», en *RDU*, núm. 242, 2008, pp. 13 ss.
- «La ejecución aparente del fallo de las sentencias contencioso-administrativas en el ámbito urbanístico. Un balance tras 10 años de vigencia de la Ley 29/1998», en *RDU*, núm. 245, 2008, pp. 65 ss.
- CRIAZO KSÁNCHEZ, Alejandro Javier: «La propuesta de normalización de viviendas en la revisión del Plan General de Marbella», en *RDU*, núm. 243, 2008, pp. 115 ss.
- EMBID IRUJO, Antonio: «La política de aguas y su marco jurídico», en *RDA*, núm. 14, 2008, pp. 13 ss.
- GARCÍA ERVITI, Federico: «Las indemnizaciones por traslado de actividades económicas en las actuaciones urbanísticas», en *RDU*, núm. 245, 2008, pp. 39 ss.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael: «Análisis jurídico de los sistemas de articulación competencial entre las infraestructuras ferroviarias y el urbanismo», en *RUE*, núm. 17, 2008, pp. 109 ss.
- FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón: «Extensión del principio general de la vinculatoriedad de la hoja de aprecio al ámbito del recurso de casación para la unificación de doctrina (comentario a la STS de 18 de enero de 2008)», en *RUE*, núm. 17, 2008, pp. 141 ss.
- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio: «El Reglamento para la Protección del Patrimonio Cultural de Castilla y León, de 19 de abril de 2007: aspectos generales y urbanísticos», en *RUE*, núm. 17, 2008, pp. 13 ss.

- GARCÍA ÁLVAREZ, Gerardo: «La adaptación de la legislación aragonesa al nuevo urbanismo estatal», en *RUE*, núm. 17, 2008, pp. 85 ss.
- GÓMEZ MANRESA, M.^a Fuensanta: «Actos de naturaleza urbanística y Registro de la Propiedad», en *RDU*, núm. 244, 2008, pp. 65 ss.
- «La ejecución privada del planeamiento urbanístico», en *RUE*, núm. 17, 2008, pp. 47 ss.
- JEFFERY, Michael: «Imperativos medioambientales en el mundo globalizado: el impacto ecológico de la liberalización del comercio», en *RDA*, núm. 14, 2008, pp. 29 ss.
- MARTÍN BERNAL, José Manuel: «Tratamiento jurídico de las urbanizaciones privadas a la vista de la LPH. Segunda parte: Despues del artículo 24 LPH», en *RDU*, núm. 243, 2008, pp. 137 ss.
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel: «La revisión parcial del planeamiento general», en *RDU*, núm. 245, 2008, pp. 11 ss.
- OLMO ALONSO, Jesús del: «Urbanismo y medio ambiente en España: panorama actual», en *RDU*, núm. 244, 2008, pp. 103 ss.
- RODRÍGUEZ-CAMPOS AGUIRRE, Sonia: «La ordenación y protección del medio rural en el Derecho urbanístico de Galicia», en *RDU*, núm. 243, 2008, pp. 51 ss.
- «Sobre la necesidad de ordenar y proteger el litoral de Galicia: reflexiones al hilo de la nueva Ley de medidas urgentes», en *RUE*, núm. 17, 2008, pp. 71 ss.
- RODRÍGUEZ-CHAVES MIMBRERO, Blanca: «El ámbito de regulación de la normativa municipal en materia de telefonía móvil», en *RDU*, núm. 242, 2008, pp. 177 ss.
- RUÍZ LÓPEZ, Miguel Ángel: «Las cesiones de aprovechamiento en el suelo urbano no consolidado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2008», en *RUE*, núm. 17, 2008, pp. 137 ss.
- SÁMANO BUENO: «La Arquitectura: un arte asediado por el Derecho urbanístico», en *RDU*, núm. 243, 2008, pp. 11 ss.
- ÚBEDA TARAJANO, Francisco E.: «La responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de Canarias derivada de la denominada *moratoria turística*: a propósito de la STSJ Canarias 78/2008, de 7 de marzo», en *RDU*, núm. 242, 2008, pp. 113 ss.
- UTRERA CARO, Sebastián Félix: «Régimen jurídico de los aspectos ambientales de las infraestructuras ferroviarias», en *RDA*, núm. 14, 2008, pp. 85 ss.
- VIGUER PONT, Jordi: «Consideraciones sobre el Decreto Ley del Gobierno de la Generalidad de Cataluña 1/2007, de 16 de octubre, de medidas urgentes en materia urbanística», en *RDU*, núm. 243, 2008, pp. 87 ss.
- YANGUAS MONTERO, Guillermín y BLÁZQUEZ ALONSO, Jordi: «La nueva responsabilidad medioambiental», en *RDU*, núm. 245, 2008, pp. 101 ss.

DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Ejecución de sentencias extranjeras en materia de familia. Mecanismos actuales de cooperación jurídica europea e internacional», en *PJ*, nú. 85, 2007, pp. 35 ss.
- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco: «La aplicación del Derecho privado comunitario», en *AAMT*, tomo XL, pp. 381 ss.

- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María: «La naturaleza de la Unión Europea», en *InDret*, 2008-4.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, Luis: «La nueva Directiva sobre el crédito al consumo o el discreto encanto de una *armonización total* (con muchas excepciones)», en *GJ*, núm. 6, 2008, pp. 25 ss.
- MARTÍN DIZ, Fernando: «Protección procesal del crédito transfronterizo en la Unión Europea: propuesta de orden de embargo de activos bancarios», en *DCE*, núm. 30, 2008, pp. 381 ss.
- PASQUALIS, Paolo: «La actividad documental de los Notarios en la Unión Europea y los Registros Públicos», en *AAMT*, tomo XL, pp. 415 ss.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: «La jurisprudencia del TS sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración por las Leyes internas que infringen el derecho Comunitario y su posible contradicción con la doctrina del TJCE», en *La Ley*, 2008-3, D-138.

DERECHO PROCESAL

- ARSUAGA CORTÁZAR, José: «Algunas cuestiones sobre la competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil», en *EDJ*, núm. 123, 2007, pp. 95 ss.
- BENDITO CAÑIZARES, María Teresa: «Ejecución de sentencias extranjeras en materia de familia. Mecanismos actuales de cooperación jurídica europea e internacional», en *PJ*, nú. 85, 2007, pp. 35 ss.
- BONET NAVARRO, Ángel: «Derechos del ejecutado a la contradicción, a la audiencia y al recurso. Naturaleza y efectos de sus límites (Comentario a la STS de 7 de junio de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 569 ss.
- CAPO VILLEGAS, Elías: «Aspectos notariales de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *AAMT*, tomo XLI, pp. 209 ss.
- CARRASCO PERERA, Ángel y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Acciones civiles de cesación y competencias administrativas ejecutivas. El ejemplo de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición», en *RDP*, núm. 21, 2008, pp. 25 ss.
- CARRIAZO PÉREZ DE GUZMÁN, Tiscar: «Acciones societarias frente al administrador social de la sociedad concursada», en *EDJ*, núm. 123, 2007, pp. 147 ss.
- CASADO ROMÁN, Javier: «La necesidad de las reformas procesales», en *La Ley*, 2008-2, D-76.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio: «El nuevo régimen de las diligencias preliminares en propiedad industrial», en *EDJ*, núm. 145, 2007, pp. 17 ss.
- DAMÍAN MORENO, Juan: «¿Intromisión? ¿qué intromisión?», en *La Ley*, 2008-2, D-100.
- ESPINOSA CALABUIG, Rosario: «Exequáтур de una resolución dictada en Alemania sobre reclamación de cantidad. Aplicación del artículo 27.2 del Convenio de Bruselas de 1968. Notificación de la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma regular y con tiempo suficiente para defenderse (Comentario a la STS de 28 de noviembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 925 ss.
- FERNÁNDEZ DE BUIJÁN, Antonio: «La jurisdicción voluntaria: una reforma legislativa pendiente», en *AAMT*, tomo XLIII, pp. 333 ss.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José M^a: «Superposición de competencias de los juzgados de 1.^a instancia y de los mercantil. Otras situaciones conflictivas en la

- competencia de los juzgados de 1^a instancia y de los mercantil», en *EDJ*, núm. 123, 2007, pp. 307 ss.
- LAFUENTE TORRALBA, Alberto José: «La tutela del ejecutado a través del proceso declarativo del art. 564 LEC», en *La Ley*, 2008-3, D-160.
- LORANCA RUILÓPEZ, Asunción: «Las competencias no concursales de los juzgados de primera instancia y de lo mercantil. Supuestos problemáticos en materia de sociedades», en *EDJ*, núm. 123, 2007, pp. 15 ss.
- MARTÍN DIZ, Fernando: «Protección procesal del crédito transfronterizo en la Unión Europea: propuesta de orden de embargo de activos bancarios», en *DCE*, núm. 30, 2008, pp. 381 ss.
- MARTÍNEZ ESPINOSA, Francisco: «Actividad jurisdiccional y garantías del juez, ¿quién tutela a los tutelados?», en *La Ley*, 2008-2, D-113.
- NEIVA FENOLL, Jordi: «Ampliación de las posibilidades de anulación del laudo arbitral», en *Actualidad Civil*, 2008, núm. 16, pp. 1709 ss.
- ORTEGO PÉREZ, Francisco: «Restricción jurisprudencial al ejercicio de la acción popular (Un apunte crítico a la controvertida doctrina Botín)», en *La Ley*, 2008-2, D-93.
- RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo: «Competencia concursal transitoria de los juzgados de primera instancia», en *EDJ*, núm. 123, 2007, pp. 253 ss.
- RODRÍGUEZ CARBAJO, José Ramón: «La imposibilidad de simultanear los recursos de casación y de amparo», en *La Ley*, 2008-2, D-104.
- RODRÍGUEZ VEGA, Luis: «Los efectos de la declaración del concurso sobre la competencia del juez de primera instancia», en *EDJ*, núm. 123, 2007, pp. 117 ss.
- SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Eduardo: «Breve análisis del artículo 249-1-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en *Actuvalidad Civil*, 2008, núm. 15, pp. 1645 ss.
- SANZ HERMIDA, Ágata: «Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales. Reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras. Motivos de denegación. Incumplimiento del requisito impuesto por el art. 27.2 relativo a la no entrega o notificación al demandado en rebeldía de la cédula de emplazamiento de forma regular y con tiempo suficiente. Obligación de los órganos jurisdiccionales del Estado requerido, conforme a lo previsto en el art. 46.2 del Convenio, de verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 27.2 (Comentario a la STS de 4 de diciembre de 2007)», en *CCJC*, núm. 77, 2008, pp. 963 ss.

ABREVIATURAS

AC	Actualidad Civil
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado
ADCon	Anuario de Derecho Concursal
AFDUAM	Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid
CCJC	Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
CDC	Cuadernos de Derecho y Comercio
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial
DN	Derecho de los Negocios
DPC	Derecho Privado y Constitución
EDJ	Estudios de Derecho Judicial
GJ	Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia

InDret	www.InDret.com
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RDA	Revista de Derecho Ambiental
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDCE	Revista de Derecho Comunitario Europeo
RDCP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDF	Revista de Derecho de Familia
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDNT	Revista de Derecho y Nuevas Tecnologías
RDP	Revista de Derecho Patrimonial
RDPr.	Revista de Derecho Privado
RDS	Revista de Derecho de Sociedades
RDU	Revista de Derecho Urbanístico
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJN	Revista Jurídica de Navarra
RJNot.	Revista Jurídica del Notariado
RJUAM	Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid
RPJ	Revista del Poder Judicial
RUE	Revista de Urbanismo y Edificación

REVISTAS QUE SE CITAN SIN ABREVIAR

La Ley

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Estudio jurisprudencial

Dolo in contrahendo Análisis de la Jurisprudencia*

KAROLINA LYCZKOWSKA

Becaria del Departamento de Derecho Civil
de la UCLM (Toledo)

SUMARIO: I. Introducción .—II. Índice de sentencias.—III. Sentencias estimadoras: A) Dolo incidental.—IV. Sentencias desestimatorias.—V. Conclusiones

I. INTRODUCCIÓN

El vicio de la voluntad contractual denominado «*dolo in contrahendo*» es una alegación frecuentísima en la praxis jurisprudencial. Sin embargo, en la mayoría de casos, se invoca dolo sin intentar ni siquiera probar su concurrencia o apoyándose solamente en las imputaciones gratuitas de maquinaciones insidiosas de la contraparte, sin precisar en qué consistía tal conducta. Por ello, no sorprende que la mayoría de pretensiones es desestimada por falta de prueba. En este trabajo he realizado una selección de sentencias en las que finalmente se llega a tratar el problema de dolo a base de las circunstancias concurrentes a la hora del contrato, omitiendo el *maremágnum* de las resoluciones en las que se declara inexistente el dolo por la pereza del abogado que lo invoca sin tratar de demostrarlo. La división en estimatorias y desestimatorias no atiende al fallo final del órgano judicial, sino a la estimación o no de la concurrencia del dolo en el supuesto en cuestión, con inde-

* A Ángel Carrasco, *magistro magistrorum*.

pendencia de avatares procesales que pudieron desviar la decisión. En el apartado de las sentencias estimatorias, hago especial mención de las resoluciones en las que se estima dolo incidental. Algunas sentencias dificultan enormemente el buen entendimiento del supuesto tratado, por su formulación farragosa u omisión de datos relevantes. Lo he señalado a la hora de contar el caso resuelto, tratando sin embargo de suplir las lagunas de las resoluciones intuyendo las circunstancias. Por lo general, he prescindido de mencionar los datos personales de las partes del proceso, concentrándome únicamente en los supuestos de hecho. No obstante, en algunos casos, en aras de dar claridad al caso, me he visto obligada a nombrar a las partes para permitirle al lector mejor comprensión del asunto tratado. Además, para facilitar el posterior análisis, he confeccionado un listado de sentencias, ordenadas cronológicamente. Dos de las sentencias recogidas me parecen especialmente interesantes: la primera (STS de 31 de mayo de 2004) trata el caso del cliente del banco que fue a pedir préstamo hipotecario y el empleado le convenció a que suscribiera un contrato de seguro que luego es anulado por dolo omisivo del contratante, y la segunda de ellas (STS de 30 de junio de 1988) es un supuesto de una Comunidad de Propietarios que demanda la nulidad del aumento de plazas de garaje y de la compraventa de una de ellas, por dolo del vendedor. Remito al apartado de las conclusiones a efectos de las reflexiones pertinentes.

II. ÍNDICE DE SENTENCIAS

- STS de 31 de marzo 2008 (JUR 2008/252122): desestimatoria
- STS de 10 de marzo de 2008 (RJ 2008/1553): estimatoria
- SAP de León de 12 de julio de 2007 (JUR 2007/307517): estimatoria
- STS de 11 julio de 2007 (RJ 2007/5132): dolo incidental
- STS de 3 de julio de 2007 (RJ 2007/4676): dolo incidental
- SAP de Jaén de 12 junio de 2007 (JUR 2007/25524): estimatoria
- STS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007/529): estimatoria
- STS de 11 de diciembre de 2006 (RJ 2006/9893): estimatoria
- STS de 19 de junio de 2006 (RJ 2006/3993): desestimatoria
- STS de 5 de abril de 2006 (RJ 2006/2084): desestimatoria
- SAP de Murcia de 26 de julio de 2005 (JUR 2006/81628): estimatoria
- SAP de Málaga de 22 abril de 2005 (JUR 2005/143273): estimatoria
- STS de 17 de enero de 2005 (RJ 2005/517): estimatoria
- SAP de Murcia de 3 de enero de 2005 (JUR 2005/267736): estimatoria
- STS de 31 de mayo de 2004 (RJ 2004/3554): estimatoria
- STS de 20 de febrero de 2004 (RJ 2004/2061): desestimatoria
- STS de 12 de junio de 2003 (RJ 2003/5631): desestimatoria
- STS de 11 de junio de 2003 (RJ 2003/5347): desestimatoria
- STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/5839): desestimatoria
- STS de 20 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10263): estimatoria
- STS de 26 de julio de 2002 (RJ 2002/8550): estimatoria
- SAP de Albacete 12 de marzo de 2002 (AC 2002/696): dolo incidental
- SAP de Salamanca de 11 marzo de 2002 (AC 2002/852): estimatoria
- SAP de Cantabria de 30 de marzo de 2001 (JUR 2001/186458): estimatoria
- SAP de Jaén de 21 de marzo de 2001 (JUR 2001/153991): estimatoria
- SAP de Navarra de 9 de febrero de 2001 JUR (2001/135405): estimatoria
- STS de 13 diciembre 2000 (RJ 2000/9333): desestimatoria

SAP de Las Palmas de 2 febrero de 2000 (JUR 2000/133084): estimatoria
STS de 29 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9380): desestimatoria
STS de 16 de octubre de 1999 (RJ 1999/7330): desestimatoria
SAP de Ourense de 3 mayo de 1999 (AC 1999/1011): estimatoria
STS de 23 de julio de 1998 (RJ 1998/6199): desestimatoria
STS de 4 de junio de 1998, RJ 1998/3721: desestimatoria
STS de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998/966): desestimatoria
STS de 2 de febrero de 1998 (RJ 1998/620): estimatoria
STS de 8 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7891): dolo incidental
STS de 12 de noviembre de 1996 (RJ 1996/7919): estimatoria
STS de 14 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9101): dolo incidental
STS de 26 de junio de 1995 (RJ 1995/5119): estimatoria
STS de 15 de junio de 1995 (RJ 1995/5296): estimatoria
STS de 8 de junio de 1995 (RJ 1995/4637): desestimatoria
SAP de Granada de 22 de abril de 1995 (AC 1995/616): estimatoria
STS de 29 de marzo de 1994 (RJ 1994/2304): desestimatoria
STS de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994/1096): estimatoria
STS de 18 de diciembre de 1993 (RJ 1993/10000): desestimatoria
SAP de La Coruña de 11 de octubre de 1993 (AC 1993/2005): estimatoria
STS de 11 de mayo de 1993 (RJ 1993/3539): desestimatoria
STS de 4 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9546): desestimatoria
STS de 27 de septiembre de 1990 (RJ 1990/6908): estimatoria
STS de 28 de febrero de 1990 (RJ 1990/726): desestimatoria
STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8825): desestimatoria
STS de 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7914): desestimatoria
STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989/2201): estimatoria
STS de 27 de febrero de 1989 (RJ 1989/1403): estimatoria
STS de 18 de julio de 1988 (RJ 1988/5727): estimatoria
STS de 30 de junio de 1988 (RJ 1988/5197): desestimatoria
STS de 30 de junio de 1988 (RJ 1988/5195): estimatoria
STS de 27 de enero de 1988 (RJ 1988/151): desestimatoria
STS de 15 de julio de 1987 (RJ 1987/5494): estimatoria
STS de 9 de julio de 1987 (RJ 1987/5214): desestimatoria
STS de 16 de enero de 1987 (RJ 1987/300): desestimatoria
STS de 1 de octubre de 1986 (RJ 1986/5229): estimatoria
STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901): estimatoria
STS de 9 de septiembre de 1985 (RJ 1985/4257): estimatoria
STS de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001): estimatoria
STS de 3 de febrero de 1981 (RJ 1981/347): estimatoria
STS de 21 de junio de 1978 (RJ 1978/2359): desestimatoria
STS de 28 de octubre de 1974 (RJ 1974/3978): desestimatoria
STS de 3 de abril de 1971 (RJ 1971/1678): desestimatoria
STS de 20 de diciembre de 1967 (RJ 1967/5173): estimatoria
STS de 14 de junio de 1965 (RJ 1965/3875): desestimatoria
STS de 10 de abril de 1965 (RJ 1965/3744): desestimatoria
STS de 21 de julio de 1958 (RJ 1958/2499): desestimatoria
STS de 4 de diciembre de 1956 (RJ 1956/4121): estimatoria

III. SENTENCIAS ESTIMATORIAS

STS de 10 de marzo de 2008 (RJ 2008/1553): estimatoria

Las partes concluyen un contrato de opción de compra de una vivienda que la demandada se proponía construir sobre su solar y luego se cierra el acuerdo de compraventa de dicha vivienda. No obstante, poco después, la compradora demanda y pide nulidad de ambos contratos, alegando que celebró el segundo contrato únicamente para no perder las cantidades ya entregadas en retribución de la opción. Consta que el precio de la vivienda fijado en el contrato de compraventa ha subido notoriamente respecto del precio de la misma establecido en la opción de compra, resultando en una cantidad dos veces superior. El TS aprecia la existencia de una maquinación insidiosa y anula los dos contratos.

SAP de León de 12 de julio de 2007 (JUR 2007/307517): estimatoria

Una Comunidad de Propietarios a la que la entidad contratante con ella le construyó una estación receptora de gas, pretende ejercitar una acción por daños y perjuicios debido al vicio del consentimiento determinado por falsas manifestaciones de ésta. Concretamente, la empresa de gas le informó que en el caso de que la Comunidad no optara por la instalación a su propia costa de la estación receptora de gas, la instalaría la concesionaria de servicio a cambio de tener que pagar periódicamente un canon. Dichas manifestaciones fueron reiteradas también por la concesionaria mencionada. Resulta que de acuerdo con la legislación autonómica la instalación es obligatoria y no cabe cobrar por ello cantidad alguna. La sentencia termina condenando a ambas empresas a indemnizar los perjuicios causados por comportamiento doloso.

SAP de Jaén de 12 de junio de 2007 (JUR 2007/25524): estimatoria

Se trata de contrato de compraventa de una parcela que resulta prácticamente inedificable al estar incluida casi la totalidad de su superficie en la Vía Pecuaria de una de las cañadas. Consta que el deslinde administrativo se produjo con anterioridad al contrato y que la vendedora lo conocía, y sin embargo no informó correctamente a los compradores cuando la condición de edificabilidad era determinante para la prestación del consentimiento ya que los actores querían construir una vivienda. La incompletitud de la información proporcionada, claramente engañosa a juicio de la Audiencia, no se subsana con las alegaciones de que los compradores podían haber comprobado la situación administrativa de la parcela entre la fecha del contrato privado y la de la escritura pública, ya que no eran expertos en urbanismo.

STS de 18 de enero de 2007 (RJ 2007/529): estimatoria

Se trata de una entidad que se dedica al *leasing* y que había celebrado una serie de contratos con otra sociedad (Juguetes Feber) que dos años más tarde fue declarada en suspensión de pagos. Por tanto, dado el impago, el

crédito del que gozaba la arrendadora de *leasing* se lo cedió a otra sociedad (Commercial Roiffer), pero la cesionaria nunca lo pagó. En cambio, Comercial Roiffer compensó con el crédito adquirido una deuda que tenía con Juguetes Feber por su parte. Posteriormente, Comercial Roiffer vende una de sus naves comerciales a Creatividad y Diseño, pero no cobra el precio sino que cede el crédito a Juguetes Feber. En consecuencia, Comercial Roiffer queda descapitalizada. Resulta que las tres sociedades están vinculadas entre sí, por tener el mismo Consejo de Administración. La sociedad arrendadora de *leasing* demanda a las tres sociedades y solicita se declare que la cesión de crédito por parte de Commercial Roiffer, así como la venta de la nave, han sido celebradas en fraude de acreedores y con dolo, por lo que las tres sociedades deben responder solidariamente del pago de los contratos de *leasing* impagados. No obstante, no pide nulidad de ningún negocio, ni ejercita acción rescisoria ni reclama el pago de la cesión de crédito. El TS se plantea si cabe solicitar la nulidad de un negocio junto con la petición de indemnización y llega a la respuesta afirmativa. No obstante, como no se había solicitado la nulidad, el TS se limita a conceder la indemnización por daños y perjuicios, admitiendo que se trata de un deudor doloso (1107 CC).

STS de 11 de diciembre de 2006 (RJ 2006/9893): estimatoria

Se discute la validez de la compraventa de un sótano, relacionada con el documento de reconocimiento de deuda. Resulta que al tiempo de otorgarse el documento ya había recaído una sentencia desfavorable al vendedor en el litigio que mantenía con la inmobiliaria y que había ocultado a los compradores. Los adquirentes creían que se discutía solo la elevación de la compra a la escritura pública; desconocían que la inmobiliaria alegaba la nulidad del título por el cual el vendedor creía adquirir el local de la entidad inmobiliaria (el problema estribaba en el límite de poder de representación del agente inmobiliario que vendió el sótano: legalmente sólo podía vender locales comerciales, en ningún caso los sótanos). Para el TS se trata de un error sustancial por recaer sobre la condición de la cosa (la pertenencia al vendedor) que dio principalmente el motivo al contrato. Aunque el TS subraya la facilidad de acceso a la información que habría subsanado el error, señala que éste fue provocado por la reticencia dolosa del vendedor y que el comprador confió razonablemente en la pertenencia del sótano al vendedor. La Sala señala también la relación de amistad entre las partes. El dolo del vendedor implica la nulidad del contrato.

SAP de Murcia de 26 de julio de 2005 (JUR 2006/81628): estimatoria Cfr. con SAP de Albacete de 12 de marzo de 2002 (AC 2002/696) que solo estima dolo incidental

El objeto de la compraventa, un vehículo, fue vendido como un coche dedicado solo a la demostración que hizo creer al comprador que el vehículo no había salido del concesionario. En realidad, ha sido objeto de una importante reparación a consecuencia de un siniestro acaecido antes de su matriculación, tras su robo en los talleres del vendedor. La sentencia de la primera instancia estima solamente el dolo incidental ya que el coche funciona perfectamente, pero la Audiencia entiende que hay dolo grave puesto que la

ocultación de desperfectos determinó el consentimiento del comprador y la conducta del vendedor se llevó a cabo con conciencia de la importancia de datos ocultados. La sentencia declara que es determinante a la hora de discernir el grado de gravedad del dolo la importancia del dato ocultado respecto de la voluntad de prestar consentimiento contractual. En este caso existe un dolo grave porque de haber conocido el siniestro, el comprador no hubiera adquirido el vehículo.

SAP de Málaga de 22 de abril de 2005 (JUR 2005/143273): estimatoria

Las partes suscriben un contrato cuya prestación principal consiste en la explotación de minas argentinas. Se entregan una serie de licencias y autorizaciones de minería, así como valoraciones aparentemente realizadas por la Dirección de Minería, con garantía de su veracidad. El actor alega que todos esos documentos públicos son falsos, que el demandado no ha entregado ningún título válido de poder de disposición de minas y que las minas no tienen capacidad de ser explotadas ni tienen un valor intrínseco para invertir en ellas. Se comprueba la falsedad de la documentación entregada y el contrato queda anulado por dolo del aparente propietario de las minas.

STS de 17 de enero de 2005 (RJ 2005/517): estimatoria

Las partes celebran un contrato de préstamo bancario. El prestatario suscribe una carta en la que hace constar que dicho préstamo lo destina a la compra de acciones de Banesto, comprometiéndose a no vender dichas acciones durante el período de tres años. Con el crédito el demandado, en una carta preimpresa por la entidad bancaria pero que sin embargo adolecía de la falta de la firma por parte del representante de la entidad bancaria, asumió varios compromisos que restringían notablemente la capacidad de disposición de las acciones, entre otros, el de no venderlas hasta una fecha fijada:

«(...) asumía el compromiso firme de no vender las acciones hasta el día 1 de septiembre de 1992, a partir del cual se consideraba autorizado para vender; en cada uno de los seis meses siguientes y por sextas partes iguales, sólo la cantidad de títulos necesarios para la amortización del crédito con sus intereses, vencido y cancelado el cual, el sobrante de los títulos quedaría a su libre disposición, y al propio tiempo se comprometía a acudir a todas las ampliaciones de capital que pudieran efectuarse durante el período de vigencia del crédito, suscribiendo la totalidad de las acciones que le correspondieran, bien con medios propios o, en caso preciso, con la concesión de otro crédito por parte del Banco por el importe necesario para cubrir los desembolsos a efectuar, renunciando de forma irrevocable desde este momento a la venta de los derechos dimanantes de las acciones adquiridas con dicha operación; a la par, el importe de los dividendos sería abonado en la cuenta correspondiente al crédito y serían indisponibles, siendo su destino el pago de intereses del mismo en la parte que pudieran cubrir.»

Debido al impago, el banco demanda al cliente, a lo que éste reconviene sosteniendo la nulidad de ambos acuerdos debido a la existencia de dolo. El TS aprecia la existencia de maquinaciones insidiosas sin las que el cliente no

hubiera celebrado el contrato y subraya que pese a que la contabilidad del banco no representaba una imagen fiel de la real situación patrimonial, se le prometía al cliente una serie de beneficios. Se ofreció un crédito a un interés privilegiado para la adquisición de acciones «con augurios de una serie de beneficios», silenciendo la situación económicamente arriesgada del banco. Según el TS «concurren una serie de particulares que desdibujan la figura del contrato de concesión de crédito personal» y se incumple el deber de información exigible por la buena fe. Ambos contratos quedan anulados por dolo omisivo.

SAP de Murcia de 3 de enero de 2005 (JUR 2005/267736): estimatoria

Celebrada la compraventa de una vivienda, aparecen humedades en el sótano que llevan al comprador a interponer una acción de reclamación de daños y perjuicios por dolo contractual ya que los vendedores no mencionaron dichas humedades, aunque éstas existían ya con anterioridad al contrato. Consta que los vendedores tampoco le informaron de que había un procedimiento judicial en curso iniciado por la comunidad de propietarios contra la promotora para reparar el jardín del que provenían las humedades. La sentencia llega a entender que los vendedores estaban obligados a proporcionar toda la información mencionada por el deber de buena fe y aunque lo hubieran omitido por imprudencia, procede la acción de dolo contractual. Probada la existencia de las humedades al tiempo de la venta y la falta de información completa, la Audiencia estima la concurrencia de dolo y la procedencia de la indemnización por el valor de las obras pertinentes. No es relevante el hecho de que las humedades, provocadas por la falta de impermeabilización que no era obligatoria, eran un defecto común en aquella época, ya que ello no excusa el deber informativo de la vendedora.

STS de 31 de mayo de 2004 (RJ 2004/3554): estimatoria

Se trata de un supuesto de un contrato de seguro. El asegurado viene a pedir un préstamo hipotecario a un banco, exigiéndole dicha entidad simultáneamente la suscripción de un seguro de vida por igual importe al capital prestado. Una vez fallecido por ingestión voluntaria de medicamentos, la aseguradora se niega a abonar la indemnización debido a la ocultación maliciosa de hepatitis crónica y alteraciones psíquicas. No obstante, el contrato de seguro fue firmado en el banco, sin que se le exigiera al asegurado llenar cuestionario alguno y siendo el cliente atendido por un empleado de la entidad y no un agente de seguros. La sentencia de primera instancia condena a la aseguradora al pago, entendiendo que la voluntad del fallecido fue concertar el préstamo y no el seguro, por lo que no pudo haber dolo por su parte. Sin embargo, tanto la AP como el TS absuelven a la aseguradora, sosteniendo que la omisión de la declaración de las enfermedades padecidas en el folio de «Declaración de Estado de Salud» que figura impresa en la póliza firmada por el asegurado y que a juicio de la Sala, equivale al «cuestionario» mencionado por la Ley del Contrato de Seguro, constituyó dolo omisivo.

STS de 20 de noviembre de 2002 (RJ 2002/10263): estimatoria

Se suscita el problema de un contrato de permuta de una finca rústica por una nave industrial entre dos entidades. Celebrado el contrato ante un notario,

una de las partes invoca el error en las cualidades de la parcela: como resulta ser no urbanizable, alega el desequilibrio de las prestaciones. El error a juicio de la demandante se produjo a través de la actuación dolosa de los demandados y sus manifestaciones sobre la cualidad urbanizable de la parcela. Consta que el hijo de los demandados trabajaba como director comercial en la entidad actora a cuya iniciativa se debió el contrato de permuta. La sentencia aprecia la concurrencia del error y del dolo.

STS de 26 de julio de 2002 (RJ 2002/8550): estimatoria

Las partes contraen un contrato de seguro de vida. Cuando el asegurado fallece, la aseguradora se niega a proceder al pago de la indemnización, alegando dolo por parte del asegurado que, a pesar de padecer epilepsia, había contestado negativamente a la pregunta sobre si tenía «una alteración física o funcional». Los beneficiarios del seguro sostienen que el asegurado no era consciente de que la epilepsia suponía para él una «alteración física». El TS acude al diccionario de la RAE que establece que la enfermedad es «una alteración de salud» y concluye que existió dolo omisivo en la reticencia en la expresión de circunstancias conocidas por parte del asegurado.

SAP de Salamanca de 11 de marzo de 2002 (AC 2002/852): estimatoria

En un contrato de suministro de energía eléctrica, Iberdrola fija unas tarifas elevadas que, según manifiesta, corresponden a las autorizadas por la Administración. El contratante particular demanda la nulidad del contrato por dolo ya que resulta que la declaración era falsa y que la resolución administrativa en la que se basaba es de aplicación solo a los solicitantes reseñados allí, entre los que no figura el actor. Debido a la maquinación de Iberdrola y considerando que el actor no pudo acudir a otro suministrador, la sentencia declara la existencia de dolo *especialmente* grave.

SAP de Cantabria de 30 de marzo de 2001 (JUR 2001/186458): estimatoria

Los vendedores demandan la nulidad del contrato de compraventa de una finca con todos sus muebles y enseres. La sentencia llega a entender que en realidad prestaron su consentimiento en creencia de que a cambio recibirían atención personal hasta el fallecimiento. Consta que dos años antes de la compraventa, los vendedores habían celebrado con un tercero un contrato cuyo objeto era la misma vivienda en virtud del cual los propietarios la cedían a cambio de cuidados personales. Surgida una imposibilidad personal sobrevenida en la cesionaria, se resolvió el contrato. La sentencia entiende que la finalidad última de los vendedores también en el contrato de «compraventa» fue la cesión de la vivienda a cambio de cuidados personales, ya que no prestaron atención alguna al precio que parece ficticio (siguiendo el consejo del notario, finalmente en la escritura cedieron solo la nuda propiedad, sin que por ello alteraran el precio convenido). No consta ninguna prueba de la entrega del precio estipulado y el demandado no parece reunir capacidad económica para afrontarlo. Teniendo en cuenta que todas las gestiones de la escritura se realizaron por el demandado y que los vendedores tienen una

edad avanzada (más de ochenta años) y las limitaciones funcionales vinculadas a ello, se concluye que el demandado perpetró una conducta insidiosa, haciendo creer a los vendedores que el contrato celebrado obedecía a la misma finalidad que el concluido dos años antes. Por ello, aunque tras la celebración del acuerdo aparece el demandado como cotitular en las cuentas bancarias de los vendedores, poco después se le excluye, a juicio de la sentencia, debido a la falta de prestación de cuidados que le incumbían. La Audiencia anula el contrato por concurrencia del dolo.

SAP de Jaén de 21 de marzo de 2001 (JUR 2001/153991): estimatoria

Suscrito el contrato de compraventa de una parcela, el comprador descubre que su gran parte es disputada por el Ayuntamiento que considera que es de su propiedad y por ello deniega la licencia de obras, solicitada por el comprador. La sentencia estima que a la vendedora le incumbía el deber de informar al contratante de esa circunstancia, cosa que no hizo, por lo que le es imputable un dolo omisivo. El contrato queda anulado.

SAP de Navarra de 9 de febrero de 2001 (JUR 2001/135405): estimatoria

Se trata de compraventa de un solar con gravísimos problemas geológicos. A juicio de la sentencia, dichos problemas no pudieron ser desconocidos por la vendedora, habiéndose realizado prospecciones técnicas geológicas en el patio de la vivienda de su propiedad y teniendo en cuenta que ella misma tuvo que construir un muro de contención para evitar el desplazamiento de muros de carga del edificio, aunque en aquel momento ya existía gran número de grietas. Por ello, se constata que la vendedora ha callado conscientemente la existencia de problemas del solar y que ha inducido a los compradores al contrato. Es irrelevante que éstos provengan del mismo pueblo en el que estaba sita la vivienda adquirida. Se anula el contrato y se declara la procedencia de indemnización de daños y perjuicios.

SAP de Las Palmas de 2 de febrero de 2000 (JUR 2000/133084): estimatoria

El origen del pleito descansa en un contrato de corretaje. El mediador en la venta perfeccionada de unas fincas, pese a haber sido adecuadamente remunerado por la entidad compradora que le había encargado la tarea, reclama igualmente a los vendedores su remuneración. La sentencia señala que los vendedores, accediendo a la oferta presentada por el mediador, firmaron sendos contratos con él en los que *reconocían* el trabajo de mediación llevado a cabo por el actor, pero *sin haber encargado* dichas tareas. Se estima una conducta insidiosa por parte del actor ya que éste, al haber contactado con los vendedores, no les había mencionado que lo hacía en virtud de un encargo por el que iba a ser remunerado. Debido a sus maquinaciones, los vendedores (de edad bastante avanzada: más de ochenta años) accedieron a remunerarle. La Audiencia estima la concurrencia de un dolo grave y anula los contratos celebrados por el mediador con los vendedores.

SAP de Ourense de 3 de mayo de 1999 (AC 1999/1011): estimatoria

Es un contrato de permuta de solar por vivienda que adolece de serias imprecisiones (no se establece de forma clara si se transmite el dominio del solar o se cede temporalmente, falta la fecha para la construcción del edificio, el proyecto, la calidad de materiales, etc.). En principio, se estipula que el propietario del solar (en el que ya existe un piso bajo y un piso primero) autoriza a su contratante a que construya en el terreno mencionado un edificio cuyo último piso y el ático entregará al primero. Pasado cierto tiempo y construido solo un piso y el ático, el constructor demanda a la otra parte y pretende compelirle a que entregue en la escritura pública la finca con los dos pisos y ático edificados, en cumplimiento del contrato. Pese a la oscuridad de los términos del contrato que no permiten establecer con toda seguridad qué quisieron las partes, la Audiencia llega a la conclusión de que no hay motivo por el que el demandado entregue la propiedad de la casa a cambio de lo mismo de lo que debería disponer en virtud del contrato. Además, consta que el transmitente padecía una grave enfermedad derivada de su alcoholismo que le provocó un tumor cerebral y que concluyó en su fallecimiento durante el proceso. Según la sentencia, el transmitente prestó el consentimiento sin entender bien su alcance y como consecuencia de las maquinaciones insidiosas de la contraparte. Se desestima la demanda, confirmado la concurrencia de dolo que anula el contrato.

STS de 2 de febrero de 1998 (RJ 1998/620): estimatoria

Las partes celebran un contrato de compraventa de chalet en construcción y, a la vez, un contrato de mejoras a introducir en dicho chalet retribuidas por el comprador, siendo los dos acuerdos suscritos el mismo día. El comprador solicita se declare nulo el segundo contrato alegando el dolo del vendedor. Resulta que casi todas las obras referidas en el contrato de mejora (menos una, del hilo radiante) constan en el proyecto de ejecución de chalet como obras ordinarias. Por tanto, el TS entiende que existe una conducta dolosa del vendedor que calla y no da conocimiento suficiente al comprador del proyecto básico de ejecución (infringiendo además una obligación contenida en una de las cláusulas contractuales), para provocar un consentimiento contractual a celebrar dicho contrato de supuestas mejoras. Se anula el segundo contrato.

STS de 12 de noviembre de 1996 (RJ 1996/7919): estimatoria

Se trata de una compraventa de finca rústica de secano. Los compradores, tras haber celebrado el contrato, tratan de obtener la autorización administrativa para convertirla en regadío, pero no lo consiguen. Consta que el vendedor, con anterioridad a la celebración del contrato, era consciente de que dicha transformación no era administrativamente posible. La sentencia concluye que, aparte del error esencial de los compradores, existe un dolo omisivo imputable al vendedor, teniendo en cuenta el precio pagado por la finca, desmesuradamente superior al que correspondería si se tratara de una simple finca de secano, no susceptible de transformación en regadío. Se declara nulidad del contrato celebrado.

STS de 26 de junio de 1995 (RJ 1995/5119): estimatoria

Una de las copropietarias pro indiviso de una casa la vende, diciendo contar con el consentimiento de los demás copropietarios, aunque en realidad no existe mandato alguno por parte de los demás. Según la sentencia, el contrato es nulo debido al dolo de la vendedora que había incitado al comprador a prestar el consentimiento con las maquinaciones insidiosas, por lo que la vendedora debe indemnizar los daños y perjuicios en los que haya incurrido el comprador de buena fe.

STS de 15 de junio de 1995 (RJ 1995/5296): estimatoria

Se trata de una compraventa de acciones de una sociedad. La sentencia contiene muy pocos datos del caso para dilucidar el supuesto y por qué se estima la procedencia del dolo. La Sala entiende que hubo dolo por parte del vendedor, ya que éste no había advertido a la compradora que las acciones que se transmitía eran acciones de una sociedad anónima laboral ni tampoco informó en el anuncio de prensa, publicado por el vendedor y seguido por la compradora, de que hubo posibilidad de que la compradora no alcanzara la condición de la profesora. Se anula el contrato de compraventa.

SAP de Granada 22 de abril de 1995 (AC 1995/616): estimatoria

Se impugna un contrato de arrendamiento. La arrendadora indujo a la arrendataria a suscribir un nuevo contrato cuando ésta llevaba 35 años ocupando la vivienda en virtud del antiguo contrato. En el nuevo contrato no existe la prórroga forzosa, por regirse por la nueva legislación y, además, se pacta sólo por cuatro años. Se alega la inducción al error con dolo para cambiar sustancialmente las condiciones del contrato: no sólo se sube la renta, sino también se suprime el derecho a la prórroga forzosa, por lo cual el nuevo contrato únicamente beneficia a una parte.

La arrendataria tiene más de setenta años, es viuda, analfabeta y con baja formación intelectual. La arrendadora, en el texto de nuevo contrato, trató de borrar cualquier vestigio de una relación jurídica anterior: describe la vivienda como desocupada en el momento de toma de posesión con la entrega de llaves a la arrendataria. La renta, aunque sube, sigue siendo muy baja para aquellos tiempos. Por todo ello, se deduce el dolo en la conducta de la arrendadora y error excusable en la otra parte por sus condiciones personales (edad y formación baja). Se anula el nuevo contrato, subsistiendo el anterior.

STS de 18 de febrero de 1994 (RJ 1994/1096): estimatoria

Los demandados (dos industriales y un empleado de banca) adquieren un local; formalizan el contrato en el cual pagan una parte del precio, comprometiéndose a pagar el resto cuando se entregue la escritura pública. Se les demanda para que paguen y formulan una reconvención: solicitan que se estime nulidad del contrato porque el local comprado no se pudo destinar a un supermercado, como lo pretendían los compradores, por haberse denegado la licencia por el Ayuntamiento. Según la Administración, el semisótano

adquirido solamente se puede utilizar como almacén, y no como local comercial.

TS estima la nulidad por el error substancial, sobre una cualidad esencial de la cosa, sin la cual, no se hubiera realizado el negocio – falta de cualidad de local comercial. No se aprecia la falta de diligencia, teniendo en cuenta las cualidades y las conductas de las partes. Es de decisiva influencia de la actitud dolosa del vendedor que siendo el promotor y constructor del edificio (pues conociendo de sobra la situación real del inmueble), aseguró al comprador de que le vendía un local comercial. Aunque en el contrato constaba la tradición de un semisótano, se calificaba allí como local comercial. El error es inexcusable a los compradores (les es imputable), pero tiene efecto invalidatorio del consentimiento por tener origen en el dolo del vendedor.

SAP de La Coruña de 11 de octubre de 1993 (AC 1993/2005): estimatoria

El origen del pleito deriva de compraventa de una finca. El comprador demanda su nulidad, alegando el dolo provocado por el vendedor mediante ocultación de la situación urbanística del terreno. Ambas instancias coinciden en que está justificado el error en el que había incurrido el comprador pensando que la finca era edificable, ya que estaba ubicada entre construcciones por todos los lados, existían unas tuberías de saneamiento a la vista en la parcela, los vendedores tenían permiso administrativo de cierre de la finca y el precio entregado por la parcela correspondía en el mercado inmobiliario a fincas edificables. El juez cree que es irrelevante que la finca adquirida se encontraba en colindancia con una que pertenecía a la madre del actor y que se adquiría como ampliación de ésta, ya que consta que el propósito del actor era construir en la mentada finca, proyecto ahora inviable ya que los planes administrativos la destinan a la vía pública. Consta que los vendedores conocían perfectamente el destino de la finca y que el permiso de cierre les fue concedido solo porque a la solicitud de la misma aportaron un plano en el que alteraron la ubicación real de la finca. Se cita el artículo 62 de la Ley del Suelo para justificar la obligación del vendedor de informar sobre la situación administrativa del objeto del contrato. En caso de la infracción de dicho deber, cabe presumir la concurrencia de dolo omisivo, la cual determina la nulidad del contrato en este supuesto (*reitera la doctrina de la STS de 28 de febrero de 1990, RJ 1990/726*).

STS de 27 de septiembre de 1990 (RJ 1990/6908): estimatoria

Las partes celebran un contrato de traspaso de un negocio de restaurante. Resulta que el cedente carecía de la licencia municipal para la apertura y funcionamiento del negocio, por lo cual la cesionaria, en aras de obtener dicha licencia para poder llevar a cabo el negocio, tuvo que hacer unas cuantiosas inversiones en el equipo contra incendios. El hecho de no haber hecho saber a la cesionaria la falta de la licencia conduce a la Sala a estimar la procedencia del dolo. No obstante, la recurrente no pide que se anule el contrato sino solo que se le indemnice los daños y perjuicios, pretensión a la que la Sala accede.

STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989/2201): estimatoria

Se impugna la validez de la compraventa de un solar que llevaba edificados «caseta y pérgola en estado semirruinoso, vallado bodega, aljibe y pozo», celebrada entre particulares. Estas edificaciones llevaron al comprador a la creencia de que el solar cumplía los requisitos reglamentarios establecidos para una vivienda. No obstante, el terreno objeto del contrato había sido declarado zona verde y esta circunstancia la ha silenciado el vendedor a la hora de contratar. Además, el precio pagado excedía del valor de un predio meramente rústico, por lo cual el TS estima el error esencial y excusable del comprador, a base de que la presunta edificabilidad en el solar adquirido era el único motivo que llevó al adquirente a celebrar el contrato. La falta de información debida (obligación legal dimanante de la Ley del Suelo) según TS convierte la conducta de la otra parte en dolosa.

STS de 27 de febrero de 1989 (RJ 1989/1403): estimatoria

Se trata de un contrato de renta vitalicia entre primas. La cedente tenía sesenta y nueve años y había pasado por varias crisis depresivas, lo que ha hecho preciso su internamiento clínico. En el momento de la firma del contrato pasaba por un periodo depresivo. La sentencia deja probado que la cedente gozaba de bienes más que suficientes para hacer frente a sus gastos por sí misma y que hubo desproporción notoria entre las prestaciones fijadas en el contrato (cuatro fincas rústicas a cambio de una pensión no elevada, por un periodo previsiblemente breve). La Sala decide que la cesionaria, mediante maquinaciones, captó la voluntad de una persona enferma y tímida por carácter que terminó por favorecer parientes lejanos en vez de los próximos, sin fundamento claro. Además, consta la existencia de un testamento de la cedente en el que establecía como heredero únicamente a su hermano, revocando uno anterior en el que hacía disposiciones a favor de la prima. Se anula el contrato por concurrencia de dolo.

STS de 18 de julio de 1988 (RJ 1988/5727): estimatoria

Los vendedores de una vivienda, con la ocasión de la compraventa y con el fin de que los compradores no se den cuenta de las grietas y fisuras que tenía el edificio cuando visitaban el mismo antes de celebrar el contrato, encargan unas obras de albañilería y pintura. Las grietas se debían a la especial naturaleza del suelo en el que se encontraba la construcción, lo que hacía muy costosa la normal conservación de la misma. La sentencia estima la concurrencia del dolo debido a las maquinaciones engañosas de los vendedores que hicieron que los compradores accedieron a la conclusión del contrato, pero no lo habrían hecho si hubieran conocido la realidad. Se anula el contrato.

STS de 30 de junio de 1988 (RJ 1988/5195): estimatoria

Es un supuesto de compraventa de plaza de garaje resultante del aumento. La Comunidad de Propietarios del edificio al que está adscrito el garaje pre-

tende anular el contrato así como la nueva división horizontal, resultante de la modificación, alegando incumplimiento de los términos del contrato original sobre la distribución de plazas de garaje. La demanda se dirige contra la entidad que vendió las plazas y contra el comprador de una de las nuevas plazas. Resulta que se había procedido al aumento de plazas con la supresión de una rampa de acceso (de las dos existentes), ubicándose dichas plazas sobre el arranque y salida de dicha rampa. Esta modificación supone una sustancial limitación del movimiento de los coches en el local, a juicio del demandante. La Sala confirma las resoluciones de las instancias anteriores que estiman procedente declarar la nulidad de la nueva división horizontal, así como de la compraventa de una de las nuevas plazas a base de un error padecido por los compradores originarios a los que se les ha entregado cosa diferente de la que consintieron en el contrato, y por el dolo de la vendedora que intentó vender plaza de garaje suprimiendo uno de los servicios del garaje.

STS de 15 de julio de 1987 (RJ 1987/5494): estimatoria

Se discute la validez de la compraventa de unas fincas. El TS aprecia la existencia de dolo en la conducta de los demandados (un matrimonio) que con sus maquinaciones llegaron a convencer a la actora para que les transmita por un precio parco un piso en Madrid y una finca de importante extensión y valor. La actora, de nacionalidad portuguesa, es una mujer de avanzada edad, viuda desde hace mucho tiempo. Vive sola, sin familiares y se dedica al cuidado de perros, siendo a la vez la promotora y patrocinadora de la Sociedad Protectora de Animales de la zona, a cuya disposición puso la mencionada finca. Los demandados ganaron la plena confianza de la actora, manifestando que comparten su afecto por los animales y acompañándola en los cuidados cotidianos de los perros. Convencieron a la actora que para la mejor administración y cuidado de los intereses de ésta, junto con los intereses de los animales y para evitar posibles embargos es mejor que les transmita el mencionado piso en Madrid por un precio de aproximadamente 100 000 ptas. Asimismo, se subrogaron en la hipoteca que gravaba la finca, por un valor de un millón de pesetas, cifrándose el valor real del inmueble en un importe «espectacularmente superior», como dice el TS. La Sala señala que la reticencia de los adquirentes de los inmuebles es constitutiva de dolo.

STS de 1 de octubre de 1986 (RJ 1986/5229): estimatoria

El demandante impugna el contrato de compraventa de una finca. Las dos partes son extranjeros (alemanes) y pactaron el precio en marcos alemanes. El juez de la primera instancia desestima la demanda, pero en apelación y ante el TS prospera la petición de nulidad por dolo. Queda probado que el comprador desconocía y el vendedor silenció el hecho de que el inmueble estaba afectado por un plan de urbanización con destino de Centro de Enseñanza que implicaba la disminución de superficie de la finca adquirida. El TS afirma que no hace falta la intención de causar perjuicios a la otra parte deliberadamente para que nazca una conducta dolosa, bastando las maquinaciones insidiosas que influyan el consentimiento prestado por el comprador.

STS de 26 de noviembre de 1985 (RJ 1985/5901): estimatoria

Es el famoso caso del matrimonio anulado por el Tribunal Eclesiástico por reserva mental del esposo, que alegaba que consintió la boda con la finalidad de acceso carnal, y que solo mantendría su unión con la mujer mientras se sintiera atraído por ésta. Declarada la nulidad, la mujer demanda en vía civil la indemnización de daños y perjuicios. El TS estima que el ex esposo había incurrido en dolo grave al haberse servido de astucia para conseguir las relaciones sexuales con la demandante, por lo que, aparte de la reserva mental, existe dolo en el contrato de matrimonio que debe ser anulado, concediéndose la indemnización solicitada.

STS de 9 de septiembre de 1985 (RJ 1985/4257): estimatoria

Las partes formulan capitulaciones matrimoniales. Detectado un error de cuenta, el esposo demanda a su mujer para que se corrija dicho error. La esposa reconviene y solicita la nulidad de la escritura al considerar que se había infravalorado los bienes concedidos al esposo, aparte de la ocultación de otros. La reconviniente estima encontrarse en un supuesto de dolo, alegando que no habría celebrado el contrato si no fuera por las maquinaciones insidiosas del marido que resultan en un beneficio económico para el esposo. Se estima la nulidad del contrato.

STS de 26 de octubre de 1981 (RJ 1981/4001): estimatoria

Las actoras, unas entidades mercantiles, impugnan la validez de la compra de las acciones representativas del capital social de una S.A., la demandada. Se amparan en que determinados elementos integrados en el patrimonio social según la demandada (un monte), en realidad son de dominio público. Consta que la vendedora sabía que en el momento del contrato dicho terreno no le pertenecía, y no obstante exhibió a las compradoras la escritura pública de venta del terreno, silenciando la existencia de un expediente administrativo de deslinde que atribuía al monte la categoría de utilidad pública. El TS admite la existencia de una maquinación insidiosa en la conducta de la demandada que llevó a las compradoras a pagar el precio indicado por las acciones.

STS de 3 de febrero de 1981 (RJ 1981/347): estimatoria

Se trata de un contrato de crédito a la exportación concedido por un banco a una entidad mercantil. El banco mutuante por su parte firma un contrato de seguro de afianzamiento del crédito con una compañía de seguros. Resulta que la entidad mercantil no paga el crédito concedido y es condenada penalmente por fraudes económicos y falsedad de documentos. La sentencia declara que el primer contrato de préstamo estaba viciado por dolo de la entidad, porque la sociedad lo celebraba con un fin defraudatario que había ocultado al banco y, de esta forma, lo ha compelido a contratar. No obstante, se señala que ello no acarrea la nulidad sino anulabilidad, la que puede ser instada solo por la parte afectada. En defecto de la interposición de dicha

pretensión por el banco (la recurrente es la Comisión Liquidadora de Créditos Oficiales a la Exportación) se confirma la eficacia de ambos contratos.

STS de 20 de diciembre de 1967 (RJ 1967/5173): estimatoria

La legataria de un establecimiento dedicado a bar en un contrato celebrado con la heredera, se compromete a pagar una deuda del testador, que no le corresponde (sino que es a cargo de la heredera). Lo hizo pensando que el bar estaba gravado con la garantía de la devolución del préstamo, lo que no era cierto. Consta que la legataria tuvo pocos conocimientos de Derecho y que la heredera la indujo a este contrato con las maquinaciones dolosas, reteniendo el legado hasta la firma del convenio, preparado por unos letrados, lo que suscitó la confianza en la legataria. Se anula el contrato suscrito. El TS sostiene que una persona no versada en Derecho fácilmente pudo creer en la existencia de un gravamen sobre el objeto legado, y que el error sufrido no solo fue sustancial sino también provocado por la conducta de la heredera. A pesar de que un error de Derecho no tiene efectos invalidatorios, en este supuesto según el TS es relevante que este error nació del dolo, por lo cual, es excusable.

STS de 4 de diciembre de 1956 (RJ 1956/4121): estimatoria

Se pretende la anulación de la compraventa de un camión por no reunir el vehículo las cualidades atribuidas por el vendedor al mismo en la oferta. Se lo ofrecía como apto para la circulación, con la documentación oportuna, con un determinado motor y además el vendedor prometía suministrar neumáticos nuevos; todas estas manifestaciones resultaron falsas. Se estima la demanda por error esencial que recae sobre la condición esencial del contrato (el motor del camión) y por el engaño padecido.

A) DOLO INCIDENTAL**STS de 11 de julio de 2007 (RJ 2007/5132): dolo incidental**

Se celebra un contrato de distribución en exclusiva, con la cláusula de pacto de compras mínimas. Resulta que la concedente había celebrado un contrato de distribución semejante previamente con otra concesionaria que todavía no vendió todo el stock que le quedaba después de la expiración del contrato. Por tanto, procede a la liquidación de los productos a bajo precio, en la zona de exclusiva de la nueva distribuidora. Debido a ello, la nueva concesionaria incumple el pacto de las compras mínimas. La concedente la demanda por incumplimiento del contrato y a base de ello pretende resolverlo, a lo que la demandada reconviene alegando dolo omisivo por parte de la concedente, al haber silenciado la circunstancia de que todavía quedaba stock importante en poder de la anterior distribuidora lo que debería desembocar, a su juicio, en la nulidad únicamente de la cláusula de ventas mínimas, conservando la validez el contrato. La Audiencia condena a las indemnizaciones recíprocas a ambas partes, ya que opina que aparte de dolo incidental, también hubo incumplimiento de la concesionaria por lo que procede resolución con justa causa. La demandante recurre y alega, entre otros, la infracción de la doctrina del dolo en cuanto a las consecuencias de su concurrencia,

pretendiendo la nulidad del contrato (sic). El TS coincide con la Audiencia al estimar la existencia del dolo omisivo existente en un contrato de distribución un deber de facilitar información que propicie los mejores resultados para ambas partes. Sin embargo, la Sala entiende que el pacto de las compras mínimas no constitúa esencia del contrato, como prueba la persistencia de la relación jurídica entre las partes aun cuando la demandante conoció la diferencia entre compras comprometidas y las realizadas y la demandante supo de la liquidación de existencia por la anterior distribuidora, por lo cual el dolo es meramente incidental y no procede la anulación del contrato. La sentencia estima que no hubo incumplimiento del pacto de exclusiva por parte de la concedente ya que una vez conocida la realidad de la liquidación del stock por parte de la antigua concesionaria, se renegoció el contrato con la nueva distribuidora, concediéndose a su favor importantes ventajas y beneficios. De esta forma, la posible negligencia fue compensada mediante la novación contractual y la concesionaria renunció tácitamente a la indemnización por dolo incidental. No procede la anulación de la cláusula de las ventas mínimas. Se casa el pronunciamiento de la Audiencia en cuanto al incumplimiento del pacto de exclusiva por parte de la concedente y se condena a la concesionaria a la indemnización de daños y perjuicios.

STS de 3 de julio de 2007 (RJ 2007/4676): dolo incidental

Se trata de traspaso de un bar. En el contrato se hace constar que la licencia municipal de apertura se halla en trámite y que en caso de no obtención de la misma se aplicará una sanción pecuniaria a cargo de los vendedores. Una vez instalados los nuevos propietarios, el Ayuntamiento exige el cese de la actividad. Resulta que con anterioridad al contrato se había pedido la licencia de obras de mejora, solicitada por los vendedores, que no obstante empezaron las obras de adecuación del local a su nuevo destino sin esperar a que se terminase de tramitar la licencia. Además, el técnico municipal emitió un informe (del que se dio traslado a los solicitantes con anterioridad a la fecha de celebración del contrato de traspaso) del que se infería que la obra cuya licencia se solicitaba, no se ajustaba a la normativa. No obstante, una vez denegada la licencia de obras de reforma (ya después de la conclusión del contrato), los nuevos propietarios impugnan el acto y consiguen que se revoque. De todas formas, los compradores demandan la nulidad del contrato por dolo. Se discute si hubo dolo en la parte vendedora o más bien, una imprecisión de términos contractuales en cuanto a las licencias. La sentencia de la Audiencia entiende que hubo dolo y subraya que la eventual no concesión de la licencia de apertura es en principio subsanable, cosa que no ocurre cuando la obra desde el primer momento no se ajusta a la normativa y se deniega la licencia de obra. Además, los vendedores no comunicaron a los compradores el contenido del informe del técnico municipal, callando la existencia de una posibilidad de denegación de la licencia. No obstante, el TS se fija en que los vendedores no se exoneran contractualmente de la posible responsabilidad por el trámite administrativo en cuestión, aunque podían haberlo hecho. Además, se preveía en el contrato la posibilidad de no obtención de la licencia de apertura, con la consiguiente sanción. También se subraya la falta de diligencia exigible, ya que los compradores podían haberse informado del alcance de la ausencia de requisitos administrativos, cosa que debían haber inferido del tenor del contrato. Por consiguiente, falta la gra-

vedad del dolo, quedándose éste en mero dolo incidental, sin que se anule el contrato.

SAP de Albacete de 12 de marzo de 2002 (AC 2002/696): dolo incidental
Cfr. con SAP de Murcia de 26 de julio de 2005 (JUR 2006/81628)

Se trata de una compraventa de un vehículo usado. El comprador pretende anular el contrato invocando que le fue ocultada la edad real del coche, ya que éste fue rematriculado, por lo que la matrícula actual no representaba su antigüedad real (siete años en vez de tres) y el precio estipulado doblaba el valor del vehículo. La Audiencia estima que no existe dolo determinante de la prestación del consentimiento sino de las condiciones del mismo que resultan más onerosas para una de las partes debido a la conducta culposa de la otra parte. Consta que al comprador le gustaba el coche y admitió que funcionaba bien. Por consiguiente, la sentencia estima solo la existencia de un dolo incidental y la procedencia de abono de daños y perjuicios.

STS de 8 de noviembre de 1997 (RJ 1997/7891): dolo incidental

El origen del pleito radica en un contrato de compraventa de vivienda. Los compradores proceden a realizar unas obras en la vivienda adquirida y descubren que todas las vigas de la misma se encuentran podridas y que hay grave riesgo del desmoronamiento. Demandan la nulidad del contrato y la indemnización de daños y perjuicios. En la primera instancia se desestima la demanda íntegramente, pero la Audiencia y el TS la revocan parcialmente, concediendo únicamente el resarcimiento de perjuicios. La sentencia declara que la vendedora conocía la existencia de estos vicios y sin embargo, anunció la vivienda en la revista como «totalmente reformada». El Tribunal estima la existencia de un dolo incidental y decreta la indemnización de daños y perjuicios, en la cantidad estimada como suficiente para reparar los vicios de la vivienda.

STS de 14 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9101): dolo incidental

Las partes celebran una compraventa de vivienda en construcción. La vendedora de los pisos lleva a cabo su edificación de tal forma que coloca las ventanas y las terrazas de los actores a menos de un metro de distancia de la pared de la finca colindante, sin tener servidumbre sobre dicha finca, lo que en futuro puede acarrear la inutilización de dichas terrazas, sin haberlo advertido a los compradores. La sentencia estima la existencia de un dolo incidental y un incumplimiento contractual.

IV. SENTENCIAS DESESTIMATORIAS

STS de 31 de marzo de 2008 (JUR 2008/252122): desestimatoria

Es un supuesto de contrato de suministro de chatarra y materiales de siderometalurgia a una sociedad. Ante la realidad de impago por insolvencia

de la entidad, el demandante reclama la responsabilidad solidaria de los administradores de la sociedad contratante y de otra sociedad del mismo grupo empresarial que venía utilizando el material suministrado. El TS rechaza la alegación ya que entiende que la imposibilidad de ver satisfecho el crédito del suministrador no deriva de una actuación fraudulenta de los administradores sino de la crisis económica que atraviesa el sector de fundición. El demandante sostiene que fue engañado con la finalidad de que mantuviera o continuara las relaciones comerciales con la empresa que finalmente no pudo hacer frente al crédito. No obstante, a juicio del TS no existe dolo ya que consta que al demandante le fue comunicada la difícil situación de la empresa en la misma carta en la que se realizaba uno de los pedidos del suministro. Pese a dicha carta y a que consta que el actor sabía que una de las sociedades del grupo en aquel tiempo fue declarada en suspensión de pagos, el demandante continuó las relaciones con el grupo empresarial. Por tanto, no se aprecia la concurrencia de dolo.

STS de 19 de junio de 2006 (RJ 2006/3993): desestimatoria

Se trata de una compraventa de finca. Pasado un tiempo, el comprador descubre que la finca está gravada con hipoteca, circunstancia que no le fue notificada por los vendedores. Resulta que los vendedores, que adquirieron la finca mediante una donación, no eran conscientes de que todavía no se había cancelado del todo el gravamen, por falta de mención alguna acerca de ello en el acto de donación. Los vendedores proceden a cancelar la hipoteca en cuanto saben de su existencia. El TS se niega a atender las alegaciones de dolo esgrimidas por el comprador y subraya que éste faltó a la mediana diligencia, pudiendo haber comprobado la existencia de la hipoteca mediante una consulta en el Registro de la Propiedad.

STS de 5 de abril de 2006 (RJ 2006/2084): desestimatoria

Es uno de los supuestos del préstamo bancario para la compra de las acciones del propio banco, con restricciones temporales en cuanto a su venta. Debido a que las acciones no llegaron a tener la rentabilidad esperada, el demandante intenta anular el contrato por dolo. El Tribunal entiende que dicha rentabilidad depende de las fluctuaciones inherentes al mundo de la Bolsa, por lo que no cabe predicar dolo por parte del banco a raíz de la falta del resultado esperado.

STS de 20 de febrero de 2004 (RJ 2004/2061): desestimatoria

El origen del litigio radica en la compraventa de una finca adquirida por dos personas, en régimen pro indiviso, otorgándose a don Ángel una tercera parte y a don José Carlos dos terceras partes. No obstante, seis meses después los adquirentes reconocen en un documento privado que dicha finca pertenece por partes iguales a don Ángel, don José Carlos y doña Luisa que había anticipado el precio y gastos a aquéllos, que se le reembolsarían oportunamente. Tiempo después, don Ángel y la viuda de don José Carlos venden la finca sin que conste autorización de doña Luisa. Esta última reivindica el

dominio y solicita nulidad de la compraventa, invocando dolo. La Sala no aprecia la concurrencia de dolo y estima válida la compraventa, aunque entiende que procede la indemnización correspondiente de la tercera copropietaria. Tratándose de compraventa de cosa ajena, ésta es legítima y surte efectos, ya que el comprador lo fue de buena fe, fiándose de la inscripción registral en la que constaban solo los vendedores como los únicos propietarios de la finca.

STS de 12 de junio de 2003 (RJ 2003/5631): desestimatoria

Las partes celebran un contrato de compraventa de un local de negocio en el que se vendía prensa, con pago dividido en varios plazos. Se acordó que durante un mes a partir de la celebración del contrato el comprador acudiría diariamente a visitar el negocio, en las horas indicadas por el vendedor, con la finalidad de constatar la productividad del mismo. Sin embargo, antes de completar el pago, el comprador decide demandar y pedir nulidad del contrato ya que se da cuenta de que los ingresos del negocio son bastante inferiores respecto de los prometidos por el vendedor. El comprador alega que el vendedor actuó con dolo, ocultando que la clientela fundamental del negocio era la vinculada al reparto a domicilio de la prensa (realizado por las mañanas, antes de las horas comerciales del negocio) y que no era objeto del contrato. La Sala entiende que el objeto del contrato fue únicamente el negocio llevado a cabo en el local y que el comprador debía tener perfecto conocimiento de la cantidad de prensa que se vendía en el local, ya que acudía allí diariamente durante un mes, al celebrarse el contrato. Por consiguiente, el Tribunal cree que no hubo maquinaciones insidiosas en la conducta del vendedor, pues desestima la pretensión.

STS de 11 de junio de 2003 (RJ 2003/5347): desestimatoria

Se trata de una renta vitalicia. La actora pretende anular el contrato, alegando que su hijo la incitó a una falsa representación las cosas, propiciando un falso estado de necesidad para convencerle a celebrar el contrato, como la única salida de su miserable situación. Los análisis realizados por los peritos llegan a la conclusión de que la actora no padecía ningún menoscabo en su facultad de razonamiento, pese a tener más de ochenta años, y que era plenamente consciente de que percibía dos pensiones de seguridad social. También se constata que existían buenas relaciones y connivencia entre el demandado y la actora, todo lo cual implica que no hubo maquinación alguna. La Sala añade que los posteriores impagos de las rentas pactadas no invalidan el consentimiento prestado.

STS de 15 de julio de 2003 (RJ 2003/5839): desestimatoria

Se trata de una compraventa de una finca que el adquirente había comprado pensando que se trataba de un olivar. Resulta que la mitad de la misma no es apta para tal uso debido a las inundaciones frecuentes en la zona. El comprador alega el dolo del vendedor que, conociendo las circunstancias naturales del terreno, había plantado olivos para vender la finca como olivar. La sentencia rechaza tanto la existencia del dolo como del error, ya que el

comprador era agricultor y residente en la zona y debía haberse percatado de esas circunstancias.

STS de 13 de diciembre de 2000 (RJ 2000/9333): desestimatoria

Las partes discuten la validez de un contrato de opción de compra y de la subsiguiente compraventa. Se trata de una vendedora de ochenta y tres años, pero cuya capacidad de gobernarse por sí misma no está afectada de ninguna forma, que alega que fue inducida a la celebración de los contratos de manera engañosa, sin concretar en qué ha podido consistir ese engaño. Las dos primeras instancias entienden viciado el consentimiento basándose en que el dinero fijado como precio de la enajenación lo recibió efectivamente el sobrino de la demandante y no ella misma. El TS estima que son meras conjuras y argumentos demasiado débiles para anular los contratos. En cambio, atiende a la pretensión subsidiaria de la demandante, la de la rescisión.

STS de 29 de diciembre de 1999 (RJ 1999/9380): desestimatoria

Se trata de un contrato de compraventa de acciones y derechos de suscripción preferente mediante el cual se adquiere una empresa. Entre los bienes de la misma se encuentra una finca. Las partes convienen en el contrato que dicha finca tiene una extensión determinada. Un tiempo después, el comprador demanda al vendedor entendiendo que éste ha incumplido su obligación, ya que la finca en realidad tiene una superficie inferior a la convenida en el contrato. Según el demandante, el vendedor conocía esta circunstancia a la hora de celebrar el acuerdo. La Sala desestima la demanda y entiende que como el sustratum esencial del contrato era la compraventa de la empresa, la finca se adquiría como un cuerpo cierto, siendo accidental la extensión de la misma. Además, el TS subraya que el comprador conocía perfectamente la finca en cuestión en el momento de formalizar el contrato, habiéndola visitado anteriormente y que la estuvo utilizando después a su entera satisfacción. Tampoco se aprecia un ánimo de perjudicar en el vendedor, ya que una vez formulada la reclamación extrajudicial por la menor superficie de la misma a la pactada, el vendedor ofreció la total resolución del contrato con la restitución de prestaciones.

STS de 16 de octubre de 1999 (RJ 1999/7330): desestimatoria

Se concluye un contrato de compraventa de una nave industrial. Los vendedores demandan a los compradores por la falta del pago del precio, a lo que éstos reconvienean solicitando la nulidad del contrato por concurrencia de dolo. Alegan que el artículo 62 de la Ley del Suelo entonces vigente (del año 1976) exige que se hagan constar por escrito en el contrato las irregularidades urbanísticas, por lo que hay presunción *iuris tantum* de dolo cuando existiendo irregularidad, los vendedores la callan. Como la nave vendida tenía dos plantas, pese a que le afectaba la prohibición administrativa de construir más de una planta, a los compradores se les denegó la licencia de apertura de negocio en dicha nave, finalidad para la que la compraron. La reconvenCIÓN se desestima porque la Sala entiende que el deber de informa-

ción quedó cumplido (aunque no por escrito) y que el objeto de venta sobre el cual se había calculado el precio fue únicamente la planta baja de la nave. En cualquier caso, el TS subraya que el incumplimiento del mandato del artículo 62 LS no implica nulidad del contrato sino una facultad de resolverlo y solicitar indemnización correspondiente, de acuerdo con el tenor literal del artículo.

STS de 23 de julio de 1998 (RJ 1998/6199): desestimatoria

Es un supuesto de varios contratos de arrendamiento con opción de compra, otorgados por la madre a favor de sus hijos que ahora la demandan para que otorgue la escritura pública de venta. La demandada pretende la nulidad de los mismos, invocando la actuación dolosa de sus hijos. Alega que hubo tensiones en sus contactos con los hijos tras la ruptura matrimonial que provocó que éstos se quedasen con el padre y que en el momento de la conclusión de los contratos se encontraba afectada por una enfermedad con signos de afasia. Además, los contratos se habían otorgado en condiciones muy generosas para los hijos. La sentencia pone de manifiesto que los contratos se otorgaron con asesoramiento letrado de los abogados de la madre y que su enfermedad no influyó dicho otorgamiento ni le impidió gobernar su persona. Tampoco es vil el precio, ya que la madre dijo que quería beneficiar por igual a sus hijos, ni son extrañas las condiciones en las que sabían novado alguno de los contratos. A juicio de la sentencia es irrelevante la renuncia a exhibir los contratos manifestada por los hijos durante los actos de conciliación ni quién había redactado el texto de los mismos. Se desestima la pretensión de la madre.

STS de 4 de junio de 1998 (RJ 1998/3721): desestimatoria

Se trata de la compraventa de unas fincas rústicas. Cuando los compradores fueron a inscribirlas en el Registro de Propiedad, se dieron cuenta de que dichas fincas estaban gravadas con una hipoteca. Según la escritura de la compraventa, el objeto del contrato se transmitía libre de cargas. Los vendedores se obligan solidariamente a cancelar la hipoteca en varios documentos privados sucesivos, pero nunca llegan a hacerlo. Los compradores demandan el cumplimiento de la obligación contraída en dichos documentos. Cuando ganan en las dos instancias, uno de los vendedores interpone recurso de casación, alegando dolo en la conclusión de dichos contratos. El TS lo desestima por falta de prueba.

STS de 26 de febrero de 1998 (RJ 1998/966): desestimatoria

Se trata de un contrato de arrendamiento de un local de negocio, celebrado entre dos sociedades mercantiles. La arrendataria pretende anular el contrato por concurrencia de error, provocado por el dolo de la arrendadora que estriba en que aquélla creyó que la empresa arrendadora era empresa gestora de servicios públicos municipalizados y que tenía monopolio en el abastecimiento de las poblaciones de la Comunidad Autónoma de la que se trataba. De no resultar así, la arrendataria infiere que se le ha causado un

perjuicio y que no se cumple una circunstancia esencial en creencia de la cual celebró el contrato. La Sala rechaza la alegación porque entiende que la formulación del contrato no ofrece duda en cuanto a la posición de la arrendadora en el mercado.

STS de 8 de junio de 1995 (RJ 1995/4637): desestimatoria

Las partes celebran una promesa de contrato de compraventa de acciones de una sociedad, fijándose un precio de acuerdo con el balance social de actividades adjuntado al documento y garantizando los vendedores que no existían más obligaciones que las relacionadas en el balance. Consumada la compraventa y años después, se descubre con ocasión de una operación de adquisición de control sobre la empresa compradora que el mencionado balance de la empresa transmitida reflejaba un activo inexistente y callaba la existencia de un pasivo. Los compradores solicitan la nulidad del contrato de compraventa. Se desestima la existencia de dolo debido a que en el período que mediaba entre la promesa y la compraventa, los compradores controlaban la sociedad, pues debían tener conocimiento pleno de su situación. También la sentencia señala que a la fecha de la suscripción de la compraventa se produjo una actualización del balance que arrojó una disminución del precio de las acciones vendidas, respecto del importe fijado en la promesa del contrato, y que el tenor literal del acuerdo rezaba que las partes habían practicado la liquidación de los movimientos habidos hasta el día del contrato, en atención a la cual fijan el precio. Vale la pena destacar que el contrato de compraventa ya no contiene la cláusula de garantía que sí tenía el de la promesa. Además, la Sala entiende que el contrato posterior, de compraventa, confirma y sana cualquier vicio que podía haber existido en el contrato anterior.

STS de 29 de marzo de 1994 (RJ 1994/2304): desestimatoria

Una entidad mercantil vende un furgón frigorífico a un particular que luego denuncia dolo o en su defecto, error, consistente en las manifestaciones del vendedor de que el objeto del contrato disponía de toda documentación y requisitos necesarios para su inmediata utilización. Entre los mismos, el recurrente incluye la tarjeta de transporte. Sin embargo, según la Sala la tarjeta de transporte no constituye objeto de contrato, ni tampoco consta que los semirremolques, como lo es el furgón litigioso, necesiten por sí mismos administrativamente dicha tarjeta para circular, ni que la falta de tarjeta hubiese determinado que la parte recurrente lo hubiera tenido parado. No se ha probado existencia de un dolo que condujera al comprador a expresar un consentimiento viciado de error, ni un conocimiento equivocado por parte del apelante acerca de lo que integraba dicho objeto del contrato. No existe ni dolo ni error.

STS de 18 de diciembre de 1993 (RJ 1993/10000): desestimatoria

Las partes celebran un contrato mediante el cual una de ellas asume en exclusiva la comercialización de las actividades hípicas ofrecidas en el Club

Hípico (perteneciente a la otra parte) para los no socios, a cambio de unas comisiones. Una vez demandada la propietaria del Club por el impago de la remuneración, reconviene oponiendo haber sido víctima de un fraude ya que la cocontratante resulta no ser la *propietaria* de la empresa hípica con la que la demandada creía haber contratado (es el marido de la demandante a quien pertenece la empresa). La sentencia pone de manifiesto que el contrato fue firmado por *directora* de la empresa y que en el mismo no se puso de manifiesto que fuera esencial quién ostentare la titularidad de la empresa, pese a las manifestaciones de la demandada que alega que había celebrado el contrato *intuitu personae*. Se desestima la pretensión de dolo.

STS de 11 de mayo de 1993 (RJ 1993/3539): desestimatoria

Es un supuesto de una inmobiliaria que promueve una campaña publicitaria con la finalidad de captar personas que quisieran constituir una comunidad de bienes que actuase como promotora y constructora de viviendas. Éstas se edificarían en el solar respecto del cual la inmobiliaria tiene una opción de compra. Una vez constituida dicha comunidad, los comuneros confieren poder a la mencionada inmobiliaria para que compre el terreno y gestione la construcción de acuerdo con el proyecto presentado. Un tiempo después, los comuneros pretender revocar el poder otorgado a la inmobiliaria, ya que las viviendas construidas no se corresponden con el proyecto que fue presentado por la inmobiliaria a la hora de la constitución de la comunidad de bienes. La inmobiliaria demanda a los comuneros, entendiendo que su mandato es irrevocable por la naturaleza de la obra encomendada. Los comuneros reconviene, alegando dolo y carácter engañoso de la publicidad llevada a cabo. El TS entiende que la inmobiliaria no estaba obligada a proporcionar viviendas de las características ofertadas ya que la propaganda se limitaba a incitar a la formación de una comunidad de bienes y el contrato celebrado entre la comunidad y la inmobiliaria lo fue de arrendamiento de servicios y no de compraventa de viviendas. Por tanto, no es aplicable la doctrina jurisprudencial de la publicidad de los objetos vendidos, porque ésta se refiere solo a la compraventa y no al arrendamiento de servicios y, por consiguiente, no se da un caso de maquinación engañosa.

STS de 4 de diciembre de 1990 (RJ 1990/9546): desestimatoria

Una vez celebrado el contrato de compraventa de un local para instalar un bar, los adquirentes pagan una parte del precio (3.919.500 ptas.), obligándose a entregar el resto (3.880.500 ptas.) hasta una fecha determinada. Transcurrido el plazo, sin que se haya entregado la cuota restante, el vendedor, dando explícitamente por resuelta la compraventa, arrienda el inmueble a los recurrentes («compradores»), pactando una renta anual de 840.000 pesetas y un derecho de opción a favor de éstos de adquirir dicho local por la cantidad que faltaba por pagar (3.880.500 ptas.). Siete meses más tarde los arrendatarios dejan de pagar la renta e instan, ante «el desistimiento bilateral del contrato de compraventa», la restitución de las recíprocas prestaciones, esperando que el arrendador les devuelva la suma de 3.919.500 ptas. entregada con la firma de aquel contrato. Una vez demandados, formulan una reconvenCIÓN con la que entienden la procedencia de la nulidad del contrato de

arrendamiento (alegando su error), pero validez del de compraventa, solicitando el reintegro de 700.000 ptas. percibidas por las rentas indebidamente abonadas. El Juez de primera instancia estima válido el contrato de arrendamiento por el que se dio por resuelto el primero. Los recurrentes invocan la existencia de error y dolo a la hora de consentir el contrato de arrendamiento, alegando que por ser extranjeros y por desconocer totalmente el idioma español, no entendieron lo que firmaron y tampoco tuvieron conocimiento alguno de la legislación española. El TS no aprecia ni error de derecho ni el dolo, por falta de prueba: consta que en el contrato intervino un letrado y no se probó que no hubiera tiempo suficiente para traducir fielmente los términos del contrato ni tampoco consta probado que se haya producido una maquinación fraudulenta por parte del recurrente. En cambio, parece evidente a juicio del TS que los recurrentes actuaron con negligencia a la hora de cerrar el contrato, lo que, no obstante, no les exoneran de cumplir lo pactado, conforme al principio de protección de la buena fe de la otra parte.

STS de 28 de febrero de 1990 (RJ 1990/726): desestimatoria

Se trata de compraventa de una parcela de algarrobos. Pese a que al comprador le es concedida una prórroga de plazo para pagar, incumple y es demandado por el impago. En el proceso el comprador alega que había incurrido en un error ya que desconocía que la finca estaba sujeta al Plan Urbanístico y en consecuencia, existía una prohibición administrativa de edificar más cerca que a 40 metros de la línea de ferrocarril (teniendo la finca en la parte más ancha 46 metros), lo que determina la práctica inedificabilidad del terreno. El Juez de la primera instancia estima la demanda de nulidad del contrato impuesta por el comprador, pero la Audiencia la revoca. El TS por su parte no da lugar al recurso interpuesto por el comprador ya que señala que éste en el momento de la celebración del contrato era promotor inmobiliario y propietario de una finca colindante. Además, en el tiempo que mediaba entre el contrato y el plazo prorrogado señalado, el recurrente se posesionó de la finca y la transformó, extrayendo tierra y piedras que trasladó a la finca colindante. Concluye la sentencia que el fin del contrato era facilitar el trasvase de tierra y piedras a la finca colindante para obtener la utilidad de ésta y que la cosa comprada aportó un beneficio innegable a su adquirente. Se constata mala fe por parte del comprador quien, una vez obtenidos los frutos que motivaron la adquisición de la finca, incumple y pretende anular el contrato. El TS menciona que el incumplimiento del artículo 62 de la Ley del Suelo (aplicable al caso) que obliga a expresar las cualidades del terreno enajenado hipotéticamente permitiría presumir la concurrencia del dolo por parte de quien vulnera dicho precepto, pero la mala fe del demandado y su temeridad destruye dicha presunción.

STS de 13 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8825): desestimatoria

Las partes celebran una permuta de solar por uno de los pisos que se iba a construir en el terreno transmitido. La constructora pide las licencias pertinentes al Ayuntamiento que, al haber tardado mucho en resolverlo, finalmente concede solo una licencia para construir en un solar que era propiedad de la constructora (sin hacer referencia al terreno permutado). Los antiguos pro-

pietarios del solar alegan incumplimiento y dolo *in contrahendo*, invocando circunstancias de las que creen que se aprovecharon maliciosamente sus cocontratantes: la falta de fijación de fecha de celebración en el contrato y el hecho de que no se había establecido en el contrato plazo para solicitar la licencia. La sentencia resuelve que esos hechos son igualmente imputables a ambas partes y que, de todas formas, la licencia se había solicitado el mismo día de la incorporación del contrato al Registro público.

STS de 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989/7914): desestimatoria

En marco de un procedimiento de suspensión de pagos, se firma un convenio. Los recurridos, que son socios mayoritarios de la sociedad suspensa y que ostentan créditos personales frente a aquella de notable cuantía, tratan de anular el convenio celebrado diciendo que se habían comprometido a afianzar los créditos, asumiendo personalmente las deudas debido al comportamiento doloso del recurrente (un acreedor con crédito de inferior cuantía) porque, de otra forma, éste impugnaría el convenio, aprobado por restantes acreedores. La sentencia no estima que dicha circunstancia pueda ser calificada como una maquinación tendente a crear una imagen falseada de la realidad, ya que los recurridos eran conscientes de la situación real de la sociedad suspensa, siendo sus socios.

STS de 30 de junio de 1988 (RJ 1988/5197): desestimatoria

El vendedor de una finca demanda al adquirente, reclamando el pago, a lo que éste se opone y en la reconvenCIÓN solicita la nulidad del contrato, puesto que el enajenante no ha entregado toda la extensión que constaba en el contrato. El juzgado de primera instancia estima la demanda, por entender que se trata de un cuerpo cierto sin necesidad de que consten los linderos, conocidos por el comprador. Además, se pactó un precio alzado, no constando expresamente el valor de cada hectárea adquirida y la extensión indicada en el contrato va precedida por el vocablo «aproximadamente». No cabe la duda de la identificación de la finca vendida. El TS no aprecia dolo en la conducta del vendedor, ya que el comprador pudo cerciorarse de la extensión real de la finca antes de celebrar el contrato.

STS de 27 de enero de 1988 (RJ 1988/151): desestimatoria

Celebrada una compraventa de la mitad de la totalidad de las acciones de una sociedad que se dedicaba a explotar una discoteca, el comprador la impugna por la concurrencia del dolo. Alega que los demandados le habían engañado, afirmando la existencia de unos beneficios cuantiosos del último año, lo que motivó la aceptación del precio propuesto por los vendedores. En realidad, una vez entrado en la gestión del negocio de la sociedad el actor se apercibe de que ésta tenía varias pérdidas y deudas y su situación económica era muy desfavorable. Según la sentencia consta probado que el actor había comprobado la rentabilidad del negocio por su cuenta y no por la información proveniente de los vendedores, y que los hechos que condujeron a la empresa a la subasta no son imputables en modo alguno a la conducta de los

vendedores anterior a la celebración del contrato, ya que no consta que el negocio no marchara bien antes del contrato. Se desestima la pretensión.

STS de 9 de julio de 1987 (RJ 1987/5214): desestimatoria

Se trata de compraventa de una finca dedicada a la explotación de cantera de albero o zahorra, pero que sin embargo está calificada como zona de edificación marginal cerrada. Esta circunstancia, según la Ley de Suelo, determina que no pueda ser objeto de explotación pretendida, por tanto se deniega la licencia solicitada por el actor. La demanda de nulidad es desestimada en todas las instancias. No existe error ni dolo porque se ha afirmado en la sentencia que las posibilidades de hecho del uso de la finca eran conocidas por el comprador al tiempo de celebrarse el contrato.

STS de 16 de enero de 1987 (RJ 1987/300): desestimatoria

El problema radica en la compraventa de unas fincas cuyo precio se paga en parte satisfaciendo a los acreedores de varios gravámenes sobre las mismas, que constan en el Registro, y en parte a los vendedores. Se otorga una escritura de venta pro indiviso a cuatro personas, que, por su parte, luego venden las fincas a una cooperativa. En dicha escritura se enumera la suma entregada a los vendedores, las cuotas satisfechas a los acreedores y una cantidad que retienen los compradores para atender el pago de las hipotecas subsistentes. Respecto de esta cifra, se estipula un interés anual de 3 por 100 para los primeros seis meses, y transcurridos éstos, se incrementa el interés a 6 por 100. Los vendedores demandan el pago de los intereses, a lo que se oponen los compradores, diciendo que el establecimiento de la cláusula se debió al dolo e intimidación y que carecía de causa. El abuso lo concretan en que los vendedores sabían que sus compradores a su vez iban a transmitir las fincas a la cooperativa, por lo que precisaban del otorgamiento de escritura pública en fecha inmediata. La sentencia cree que es legítimo el pacto de intereses por haberse anticipado la entrega, con un aplazamiento del pago y que la demora en la cancelación de gravámenes de la finca no es imputable a los vendedores.

STS de 21 de junio de 1978 (RJ 1978/2359): desestimatoria

El actor compra un edificio antiguo, por un precio notoriamente bajo, respecto del cual descubre posteriormente que es declarado en ruina. Alegando que esta condición le fue ocultada por los vendedores y que no puede instalar allí un negocio (le es denegada la licencia), solicita la nulidad del contrato, puesto que el objeto adquirido no sirve para la finalidad con la que lo compró. El TS casa la sentencia de la Audiencia que declaró nula la compraventa y rechaza la existencia de error, porque el comprador no expresó en el contrato los motivos que lo llevaron a comprar la casa y porque la notoria antigüedad del edificio, el precio bajo y la falta de diligencia (consultar los Registros correspondientes) hacen que el error le sea imputable. Tampoco se aprecia dolo en la conducta de la otra parte, ni siquiera un dolo omisivo, dado que no existió deber de informar sobre el estado del edificio.

STS de 28 de octubre de 1974 (RJ 1974/3978): desestimatoria

Se trata de una compraventa de un local con buhardilla que carecía de licencia para ser utilizado como vivienda (falta de habitabilidad). Esta circunstancia la conocía el vendedor, según se ha probado. El comprador, una vez pasados más de 4 años después de la consumación del contrato, invoca error y dolo y pide la anulación por carecer la vivienda de las condiciones legales para la habitabilidad. Se rechaza tanto el error como dolo, pero en apelación se anula el contrato debido a la ilicitud en causa reflejada en la condición de inhabitabilidad de la vivienda enajenada. Lo sostiene también el TS.

STS de 3 de abril de 1971 (RJ 1971/1678): desestimatoria

Las actoras, que a su solicitud retiraron las cantidades aportadas previamente a título de cuentas en participación, demandan a la entidad que restituyó dichas cantidades (con rentas e intereses debidos), puesto que tres meses después de la liquidación el Banco Español de Crédito compra algunas de las sociedades de crédito en las que tenía intereses mayoritarios la entidad demandada, por lo cual ésta recibe una cantidad importante de dinero. Las demandantes invocan dolo y error sustancial suyo en el consentimiento prestado para la operación de liquidación. El TS no encuentra base suficiente para sostener la maquinación dolosa, puesto que no se probó que la demandada hubiera mantenido contactos preliminares con el Banco Español de Crédito. Rechaza también el error, señalando la posterioridad de los hechos en los que se apoya la alegación de las demandantes, respecto del contrato celebrado.

STS de 14 de junio de 1965 (RJ 1965/3875): desestimatoria

La sentencia es poco clara en sus términos en cuanto a los contratos concluidos. Parece ser que el actor, tras haber celebrado contrato privado de permuta de fincas con el demandado, otorga en su favor un poder para vender la finca de la que era propietario el actor. Luego alega que hubo engaño en la obtención de dicho poder ya que el demandado «se hacía pasar por Procurador» y aparentaba ser propietario de una finca en Ciudad Real, ya que exhibió al actor un documento privado de compra que resultó luego ser falso. El actor incoa un procedimiento por estafa, pero mientras se tramita el sumario, el apoderado lleva a cabo la venta de la finca del demandante. Éste interpone una demanda y solicita se declare nula esta compraventa. El TS no la anula ya que entiende que el único acto que podía estar viciado era el apoderamiento, pero no la compraventa que se celebró con el poder oportuno. Para que se anulase la compraventa, debería atacarse primero el apoderamiento. En cualquier caso, la Sala no aprecia que haya concurrido dolo ni tampoco que se haya producido revocación tácita del mandato por la interpolación de la querella de la cual el mandatario no tuvo noticia.

STS de 10 de abril de 1965 (RJ 1965/3744): desestimatoria

Un constructor de obras adquiere un terreno en el que levanta varias viviendas, agotando la extensión edificable del mismo. Sin embargo, a la

hora de segregar una parcela del mencionado terreno, la vende como edificable, aunque en realidad es destinada a zona verde. La pretensión anulatoria del comprador triunfa. El TS se basa en la falta de edificabilidad del terreno vendido que constaba al vendedor, aunque no admite el dolo. Sin embargo, aprecia la existencia de un error esencial derivado de las manifestaciones del vendedor.

STS de 21 de julio de 1958 (RJ 1958/2499): desestimatoria

Es un supuesto de compraventa de una huerta de tierra de regadío con frutales con la estipulación de pago aplazado (la escritura pública no se otorgará hasta que se pague la totalidad). Cuando después de la compra al adquirente le llega la noticia de una posible expropiación de una parte del terreno adquirido, dirige un requerimiento notarial al vendedor en el que hace constar que le interesaba comprar todo el terreno sin merma alguna y por tanto propone una prórroga del plazo para satisfacer la totalidad del pago, la cual le es otorgada. Vencido el plazo prorrogado y pendiente todavía la expropiación, el comprador se niega a cumplir, esgrimiendo el peligro de expropiación que hace que el vendedor no pueda darle la garantía de que ésta no se produzca. Sin embargo, cuando un año después la finca se excluye de los planes expropiatorios y los vendedores exigen el cumplimiento, el adquirente se niega y demanda la nulidad del contrato por error y dolo. El TS rechaza el dolo: no consta que los vendedores tuvieran conocimiento de que el organismo que había hecho anteriormente gestiones para comprar una parte de la finca mencionada iba a instar la tramitación del expediente expropiatorio. La Sala destaca también que en el contrato no se ha estipulado que la causa del mismo haya sido la adquisición de la totalidad del terreno, de tal forma que no se la hubiera comprado sin una parte segregada (es más tarde, en la carta notarial, cuando el adquirente hace constar sus motivos). No obstante, se acoge la pretensión de anulación por error, puesto que a juicio del TS la integridad de la finca constituye causa del contrato para el comprador y la amenaza expropiatoria existe ya en el momento de la celebración del contrato, aunque las partes no tengan conocimiento de ello en aquel momento. El TS entiende que el error en la causa hace que no proceda la confirmación del contrato por novación a la hora de intercambio de cartas notariales.

V. CONCLUSIONES

Como ya he mencionado anteriormente, existen muchos casos jurisprudenciales en los que se alega dolo, sin aportar prueba alguna del mismo. Y es jurisprudencia reiterada que el dolo no se presume, siendo imprescindible su demostración por la parte afectada que lo alega. No obstante, hay varias resoluciones que se atreven a construir una presunción *iuris tantum* de la concurrencia de dolo cuando se infringe el artículo 62 de la antigua Ley del Suelo que establecía la obligación de comunicarle al comprador las circunstancias urbanísticas del terreno enajenado. Así deciden la SAP de La Coruña de 11 de octubre de 1993 (AC 1993/2005), la STS de 28 de febrero de 1990

(RJ 1990/726) y la STS de 27 de marzo de 1989 (RJ 1989/2201). Es una doctrina sorprendente, sobre todo a la vista de que el propio artículo citado en su último apartado atribuye una consecuencia a la vulneración de la norma, la cual no es la nulidad por dolo, sino la resolución contractual siempre que se ejerzte dentro del plazo fijado. Felizmente, dicha práctica jurisprudencial ha sido corregida por la STS de 16 de octubre de 1999 (RJ 1999/7330) que ha puesto de manifiesto la adecuada consecuencia jurídica a la infracción de la norma. Ahora bien, ello no significa que no pueda haber dolo cuando el vendedor silencie la ineficabilidad de la parcela, sino solamente que el órgano judicial no puede valerse de la norma mencionada para invertir la carga de la prueba del dolo injustificadamente, como lo hacen las sentencias mencionadas. Es el comprador, como la parte afectada, quien en estos supuestos debe demostrar que ha sido engañado debido al silencio del vendedor que le ha hecho creer algo que no resultaba cierto. Siendo ya a veces poco convincente la estimación del dolo omisivo mediante la cual se atribuye consecuencias graves a una mera omisión incluso en los casos en los que no queda nada clara la obligación de información, es absurdo incrementar esta carga con obligar al vendedor a que demuestre que su silencio no era insidioso, sobre todo a la vista de los pronunciamientos que infieren que no es elemento integrante del dolo el ánimo de perjudicar al contratante, cabiendo incluso un dolo por imprudencia (*vide* SAP de Murcia de 3 de enero de 2005, JUR 2005/267736). A mi juicio, esta línea de la jurisprudencia es peligrosa y cuando menos, inequitativa, ya que el dolo, por su propia naturaleza, integra *per se* un ánimo de forzar a la otra parte a contratar en su propio perjuicio ya que de haber conocido el engaño, nunca habría concluido el contrato. No cabe un dolo «por imprudencia» o un dolo «leve», sin ánimo de perjudicar –estas construcciones son unas híbridas terminológicas, manifiestamente incorrectas. Por tanto, incluso cuando se da un supuesto de un dolo omisivo, es imprescindible demostrar que dicha omisión se debió a una finalidad antijurídica y no a un despiste.

Dolo omisivo

La mayoría de sentencias estimatorias de dolo se basan en la concurrencia de un dolo omisivo. En general, la doctrina del dolo omisivo no queda suficientemente deslindada por la jurisprudencia que se pierde en el laberinto de supuestos en los que se imputa dolo al que calla y casos en los que se reputa la falta de diligencia a la otra parte que pudo informarse mejor. Existe una indeterminación de la frontera entre unos y otros. Parece excesivo que el simple silencio sea tomado por dolo omisivo sin más, por lo que algunas resoluciones precisan que hace falta que exista un deber de informar al contratante en el caso analizado. El problema surge cuando las sentencias encuentran existente dicho deber «en virtud de la buena fe», ya que la buena fe es un principio que debe regir todos los contratos, lo que termina llevándonos *ad absurdum*: silenciar cualquier condición del objeto transmitido que luego invoque el adquirente como obstaculizadora al cumplimiento del fin del contrato se convierte automáticamente en dolo omisivo, sin atender ya ni siquiera al ánimo de la parte que calla. Tengamos en cuenta la libertad de contratación y de negociación que en principio debe existir en el Derecho común, restringiéndose únicamente en los ámbitos especialmente sensibles (por ejemplo, respecto de los consumidores) por medio de regulaciones específicas. Por tanto, lo correcto sería partir del principio de autoinformación

—cada una de las partes debe informarse acerca de los extremos que le interesen a la hora de contratar. La imposición del deber de información tiene que estar justificada, bien en virtud de un deber legal que emane de la normativa especial aplicable al supuesto, bien por la necesidad de protección de la parte débil del contrato, cuya ignorancia sea excusable y justificada.

La excusabilidad del desconocimiento del dato en cuestión se puede predicar en función de la diligencia empleada por el interesado en la búsqueda de la información, tomando como criterio la diligencia media aplicable al supuesto según sus circunstancias particulares. En el marco de la excusabilidad cobra especial importancia la concurrencia de la confianza legítima en el cocontratante que puede suscitarse bien por las relaciones personales entre las partes, bien debido a la naturaleza especial del contrato que cree confianza mutua entre las partes (por ejemplo, mandato), moderando el nivel de diligencia que deba emplearse. También los motivos personales o el propósito individual de la celebración del contrato cuando se expliciten a la otra parte, pueden determinar la concurrencia de un dolo omisivo, si el cocontratante de esta forma ha podido constatar la importancia del dato para la otra parte y no lo ha proporcionado. Leída la jurisprudencia, cabe llegar a la misma conclusión de que la información ocultada debe ser *importante* para que exista dolo omisivo (SAP Murcia de 26 de julio 2005, JUR 2006/81628). No obstante, si no hay información expresa acerca de los datos importantes para el adquirente, dicho criterio vuelve a ser tan indeterminado como el de buena fe, así que la discusión queda abierta. Sin duda, existen condiciones por excelencia relevantes, tales como la ineficacía de la finca objeto del contrato y la jurisprudencia unánimemente encuentra dolo omisivo en la conducta del vendedor que no advierte de la situación urbanística de la parcela al comprador, aunque éste no haya explicitado su propósito (*vide infra*). Pero hay umbrales en los que no queda del todo clara la existencia de un deber de informar, sobre todo en cuanto al valor del bien vendido. Gómez Calle propone entender que existe un deber de información sobre una circunstancia que reduce el valor del bien transmitido cuando al facilitar la información se evita que el bien ocasione daños o cuando la noticia afecta a datos relevantes tenidos en cuenta a la hora de la celebración, incluidos los intereses de ambas partes expresadas en la fase negocial¹.

No obstante, si a pesar de la no facilitación de la información se ofrece la posibilidad de efectuar las correspondientes comprobaciones al contratante, el silencio no es reprochable. Es más: aunque cabe predicar un deber general de respuesta veraz a las preguntas formuladas por la parte que busca la información, la formulación de meras suposiciones o estimaciones, advirtiéndose su carácter incierto, no pueden desembocar en dolo *in contrahendo*. Así, en la STS de 12 de junio de 2003 (RJ 2003/5631) no se estima la concurrencia de dolo en el caso del negocio cuya rentabilidad pudo comprobar el contratante acudiendo diariamente al establecimiento y supervisando su gestión. Frente a la posibilidad de comprobación ofrecida por el vendedor son irrelevantes las calculaciones de beneficio esperado y no merece protección jurídica la parte que se haya basado solo en conjeturas al contratar.

En la jurisprudencia española, hay muchos casos límite en los que no queda justificada la existencia del deber de informar exhaustivamente o cuya resolución es incluso discutible por ser arbitrarios los criterios en virtud de

¹ Esther Gómez Calle, «Los deberes precontractuales de información», *La Ley*, Madrid, 1994.

los cuales se decide. Por ejemplo, se estima dolo omisivo en el caso de la SAP de Navarra de 9 de febrero de 2001, JUR 2001/135405 en la que se transmite una vivienda en un solar con serios problemas geológicos que provocan grietas en la misma y la vendedora no advierte de ello a los compradores. La sentencia declara irrelevante el hecho de que los adquirentes sean residentes en el mismo pueblo en el que se encuentra la casa comprada. A mi juicio, no debería quitarse relevancia a esta circunstancia tan fácilmente. La estructura geológica es común para todo el pueblo y los adquirentes deberían conocerla viviendo en la misma zona. Si la vendedora no ha actuado de ninguna forma para ocultar el hecho sino que se limitó a no mencionarlo, tal vez lo obviaba por ser una cuestión conocida, sin ningún ánimo de perjudicar al otro contratante. Más incomprensible es la irrelevancia que atribuye a ese hecho la sentencia mencionada a la hora de decretar dolo omisivo cuando vemos que el mismo dato de residencia en la zona de la finca adquirida se convierte en determinante de la *falta* de dolo por parte del vendedor en la STS de 15 de julio de 2003, RJ 2003/5839. Se trata de una finca vendida como olivar, en la que el transmitente había plantado olivos pero que resulta no apta para tal cultivo debido a las inundaciones que atraviesan a menudo el área. La sentencia termina declarando que como el agricultor que la compraba vivía en la misma zona, debía haber sido consciente de las condiciones de la tierra, pues no concurre ni siquiera dolo omisivo por parte del vendedor. Y ello a pesar de que incluso existen indicios obvios de maquinación engañosa, porque ¿cómo calificar la actitud del vendedor que planta olivos en la finca no apta para tal uso, sino de esta forma?

También despierta serias dudas la calificación del dolo omisivo en la STS de 31 de mayo de 2004, RJ 2004/3554 en la que se imputa dicho dolo al hombre que vino al banco pidiendo un préstamo hipotecario y al que el banco le persuadió a concertar un seguro de vida. Le atendió únicamente el empleado del banco y ni siquiera se había llenado cuestionario alguno, pero la falta de mención de una enfermedad que le afectaba al prestatario en el folio que se le proporcionó constituye dolo omisivo según la sentencia. Teniendo en cuenta que el dolo implica un ánimo de perjudicar, me parece más que dudosa la resolución en este caso en el que el propósito originario del contratante no deja de ser la concertación de préstamo, salvo que aboguemos por la aplicación analógica del concepto de dolo eventual que rige en el derecho penal –aplicación del todo absurda y absolutamente injustificada en el campo de intereses protegidos por el Derecho civil.

En cuanto a las cuestiones urbanísticas, prácticamente siempre triunfa la pretensión anulatoria basada en el dolo del que ha silenciado que la finca vendida era inedificable de hecho o de derecho (vgr. SAP de Jaén de 12 de junio de 2007, JUR 2007/25524 o STS de 27 de marzo de 1989, RJ 1989/2201), o que el solar sufría graves irregularidades geológicas (SAP de Navarra de 9 de febrero de 2001, JUR 2001/135405), sobre todo si el vendedor ha emprendido alguna acción para ocultar la existencia de los defectos (STS de 18 de julio de 1988, RJ 1988/5727). Podemos concluir que la circunstancia de la edificabilidad de la finca transmitida es una circunstancia tan relevante que se presume que constituye el propósito del contrato, aunque el adquirente no lo mencione expresamente. Se aparta de esa línea solamente la STS de 28 de febrero de 1990, RJ 1990/726 y lo hace con buen criterio ya que resulta que en el supuesto tratado la cuestión de edificabilidad era ajena al propósito del contrato, resultando provechosa para el comprador la parcela aun siendo inedificable, como ha quedado demostrado mediante sus actos perpetrados tras el contrato.

Circunstancias que generalmente conducen a la estimación de la concurrencia de dolo

Dejando al margen el dolo omisivo (que se reduce a la infracción del deber de informar sobre las circunstancias importantes del objeto del contrato) y las consideraciones acerca del mismo, en general existe dolo cuando se da una conducta del contratante que se suele calificar como *maquinación insidiosa*, tendente a forzar a contratar a la otra parte. Dicho comportamiento según la jurisprudencia analizada consiste sobre todo en: un cambio radical de condiciones de adquisición en el contrato de compraventa respecto de la opción de compra concedida (STS de 10 de marzo de 2008, RJ 2008/1553), falsedad de documentación entregada (SAP de Málaga de 22 de abril de 2005, JUR 2005/143273), manifestaciones inveraces acerca de la edificabilidad de la finca transmitida (STS de 20 de noviembre de 2002, RJ 2002/10263), aplicación de una tarifa injustificada al servicio prestado (SAP de Salamanca de 11 de marzo de 2002, AC 2002/852), inducción a concertación de obras de mejora que ya han sido pagadas como obras ordinarias (STS de 2 de febrero de 1998, RJ 1998/620), aprovechamiento de las circunstancias personales del otro contratante para ofrecerle un contrato perjudicial para él (SAP de Granada de 22 de abril 1995, AC 1995/616, STS de 27 de febrero de 1989, RJ 1989/1403 y STS de 15 de julio de 1987, RJ 1987/5494), ocultación de las grietas de la vivienda transmitida encargando obras de albañilería (STS de 27 de febrero de 1989, RJ 1989/1403), infravaloración de bienes de uno de los cónyuges en las capitulaciones matrimoniales (STS de 9 de septiembre de 1985, RJ 1985/4257), ofrecimiento de un producto en determinadas condiciones que luego no se cumplen (STS de 4 de diciembre de 1956, RJ 1956/4121).

Criterios generales para decretar la inexistencia de dolo

La jurisprudencia declara insuficiente el mero hecho de impago para la existencia de dolo *in contrahendo* (STS de 11 junio 2003, RJ 2003/5347) ya que se trata de un hecho posterior a la formación de la voluntad contractual. También se rechaza la pretensión de anular por dolo contratos de suministro celebrados con una empresa que debido a la difícil situación económica no es capaz de pagar, ya que el contratante fue advertido de la situación crítica de la misma y a pesar de ello, mantuvo la relación comercial (STS de 31 de marzo de 2008, JUR 2008/252122). Dicha decisión guarda relación no solo con el criterio del conocimiento por parte del contratante de las circunstancias a las que vincula la voluntad dolosa de la otra parte que automáticamente provoca el rechazo de la pretensión (STS de 15 de julio de 2003, RJ 2003/5839), sino también con el respeto a la buena fe contractual que hace desestimar bastantes pretensiones de nulidad del contrato cuando consta que el contratante trató de subsanar el problema. Así, no hay dolo cuando aparece una hipoteca en una finca vendida libre de cargas y los vendedores se obligan a cancelarla a su costa, cumpliendo con lo prometido (STS de 19 de junio de 2006, RJ 2006/3993), ni tampoco cuando se renegocia el contrato, otorgándose importantes ventajas y beneficios a la parte afectada por el dolo incidental (STS de 11 de julio de 2007, RJ 2007/5132), ni cuando una vez vendida una sociedad mediante la transmisión de acciones, se constata que la finca perteneciente a dicha sociedad tiene una dimensión inferior a la convenida por las partes y el vendedor ofrece la resolución del contrato con la devolución del precio íntegro

(STS de 29 de diciembre de 1999, RJ 1999/9380). Este comportamiento del contratante acusado de dolo, después de la prestación del consentimiento supuestamente viciado, es un indicio de que probablemente no existió un ánimo de perjudicar al contratante a la hora de la celebración del contrato y aunque hubiera existido, para las citadas sentencias la posterior conducta del sujeto supuestamente doloso subsana el vicio.

El mero dato de la edad avanzada del contratante nunca es criterio suficiente para decretar la nulidad del contrato concertado presumiendo engaño al que sería especialmente susceptible la persona mayor (STS de 13 de diciembre de 2000, RJ 2000/9333 y STS de 11 de junio de 2003, RJ 2003/5347). Y si se anula dicho contrato, es porque la maquinación engañosa queda demostrada más allá de las circunstancias personales del contratante que aunque son importantes, no son decisivos, ya que hace falta que la otra parte quiera efectivamente aprovecharse de la situación (vgr. STS de 15 de julio de 1987, RJ 1987/5494).

La frustración de la expectativa de la obtención de beneficios debido a la celebración del contrato, tanto si fue basada en las declaraciones del cocontratante, como cuando se trata de una mera esperanza del afectado, por regla general no demuestra dolo. Si es un negocio de cierta envergadura, normalmente el contratante comprueba personalmente su gestión antes de firmar el contrato, lo que convierte en injustificado atenerse a las promesas del transmitente acerca de los beneficios esperados (STS de 27 de enero de 1988, RJ 1988/151 y STS de 12 de junio de 2003, RJ 2003/5631). Y si se trata del préstamo para la compra de acciones del propio banco que no acaba obteniendo beneficios prometidos, tampoco existe dolo ya que el riesgo de la perdida es inherente al negocio celebrado y se debe a las fluctuaciones de la Bolsa, imprevisibles en el momento de la contratación (entre otras, STS de 5 de abril de 2006, RJ 2006/2084). Solo una sentencia se aparta de este esquema (STS de 17 de enero de 2005, RJ 2005/517), pero no explica claramente en qué se diferencia su supuesto de hecho de los demás. Se menciona que concurren algunas circunstancias particulares que desdibujan el contrato de la figura del préstamo y que existieron maquinaciones insidiosas. Tal vez el elemento determinante sea la contabilidad del banco, que por lo visto ha sido decisiva en la formación de la voluntad del prestatario, y que no representaba fielmente la situación patrimonial.

El correcto planteamiento de la acción de dolo y sus consecuencias

Hay resoluciones que confunden los conceptos de dolo, como por ejemplo, la STS de 18 de enero de 2007, RJ 2007/529 en la que estamos en presencia de varios contratos celebrados en fraude del acreedor, una sociedad de *leasing*, cuyo crédito acaba frustrado porque su deudora queda descapitalizada, debido a las operaciones llevadas a cabo entre las sociedades del grupo. El demandante alega que las operaciones han sido concluidas con fraude, pero no pide su rescisión ni nulidad, sino responsabilidad solidaria de las tres sociedades por la deuda, aunque lo que procedería ejercitar en este caso es la acción rescisoria del artículo 1291 CC. La sentencia evidentemente confunde el concepto del deudor que dolosamente incumple con el dolo *in contrahendo*, tal vez debido a la demanda defectuosa. El Tribunal baraja la opción de nulidad de contratos que habría sido concedida si se hubiera

pedido, para finalmente conferir en su defecto la indemnización por daños y perjuicios ex 1107 CC, calificando al deudor como doloso.

Existen también supuestos en los que la acción de dolo se plantea incorrectamente e incluso se pierde, pese a que existía posibilidad de satisfacción del interés del demandante por medio de otras vías. Así, en el caso de la STS de 14 de junio de 1965, RJ 1965/3875 parece que el problema estribaba en el erróneo planteamiento jurídico, ya que el demandante alegaba la nulidad de una compraventa celebrada en nombre de éste debido a un poder otorgado al demandado tras maquinaciones engañosas de éste. En vez de atacar el apoderamiento, se impugnaba el contrato de compraventa. Obviamente, mientras sea válido el poder, nada se puede imputar a la validez de la compraventa, por lo que el actor debería haber impugnado en primer lugar el apoderamiento y no el negocio posterior.

Entre las resoluciones analizadas, se plantea también un caso curioso que no parece ser propiamente de dolo, aunque es precisamente la alegación del comportamiento doloso la que hace triunfar la pretensión. Es una Comunidad de Propietarios que demanda la nulidad de compraventa de una plaza de garaje resultante del aumento, ya que dicho aumento, al absorber una de las rampas de acceso, disminuye la movilidad de coches por el garaje (STS de 30 junio de 1988, RJ 1988/5195). Se declara la nulidad de la nueva división «por error de los compradores originarios a los que se les ha entregado cosa diferente de la que consintieron en el contrato» y por dolo de la vendedora en el nuevo contrato de compraventa ya que «intento vender plaza de garaje suprimiendo uno de los servicios del garaje». Parece ser un supuesto de un asombroso malabarismo jurídico. Técnicamente, no procede error por entrega de cosa distinta a la prometida, primero porque ello sería más bien un incumplimiento del contrato que podría desembocar en un caso de *aliud pro alio* que determina la resolución y no un error cuya consecuencia es anulabilidad. Además, no cabe duda de que a los comuneros se les entregó lo que esperaban tras la celebración del contrato porque hasta el momento del aumento no hubo problema alguno respecto de las plazas del garaje. Es después cuando se produce la controversia, ya que la vendedora de las plazas procede al aumento. Dependiendo de lo estipulado, puede haber aquí un incumplimiento si se cedia el uso de las rampas a los comuneros o venta de cosa ajena si las rampas eran objeto de la compraventa también, pues procedería una acción de cumplimiento o una acción reivindicatoria, pero en ningún caso acción de anulabilidad por error. Y en cuanto al dolo, no puede pedir nulidad de la compraventa una persona que no es parte del contrato viciado. A mi juicio, como mucho se podría hacer uso de la acción rescisoria del artículo 1291 CC si es que de otra forma la Comunidad de Propietarios no puede ver satisfecha la prestación debida por su deudor – la vendedora de plazas.

El dolo contractual, cuando queda demostrado y cumple el requisito de la gravedad, justifica la anulación del contrato. Pero hay casos en los que la parte engañada prefiere quedarse con el contrato, mayormente porque no le es rentable desvincularse o porque el vicio cuya ocultación provocó el engaño ha sido subsanado, demandando solo la indemnización de daños y perjuicios en la cantidad suficiente para quedar indemne de la subsanación de dicho vicio. Así, la Comunidad de Propietarios que ha sido falsamente informada acerca del canon a pagar por la instalación de una estación receptora de gas, no anula el contrato sino que ejercita una acción por daños y perjuicios (SAP de León de 12 de julio de 2007, JUR 2007/307517) y la cesionaria de un local traspasado sin licencia de apertura se conforma con el resarcimiento de

gastos de las obras de adecuación del local con la finalidad de conseguir la licencia (STS de 27 de septiembre de 1990, RJ 1990/6908).

Las sentencias analizadas no ofrecen criterios inequívocos de la concurrencia de dolo *in contrahendo*. Muchas de las resoluciones, sobre todo en el ámbito del dolo omisivo, corresponden a criterios arbitrariamente empleados por el órgano judicial según las circunstancias particulares del caso, en defecto de un régimen de deberes precontractuales de información. Ello desemboca en un serio problema de seguridad jurídica de los sujetos contractuales. Los supuestos de maquinación insidiosa perpetrada mediante una conducta activa no suelen suscitar mayores discusiones, pero la omisión engañosa se queda en la penumbra del dolo contractual. La jurisprudencia confirma que donde acaba el deber de diligencia, allí comienza el deber de buena fe encarnado en la correcta y completa información precontractual, pero no se atreve a fijar el mojón que marque la frontera claramente.

Noviembre 2008

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, M.^a Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, M.^a Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, 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. Principio constitucional de irretroactividad de las normas: alcance. Fundamentación.—El principio de irretroactividad de las leyes consagrado en el artículo 9.3 CE concierne sólo a las sancionadoras no favorables y a las restrictivas de derechos individuales, restricción que ha de equipararse a la idea de sanción; por lo cual, el límite de dicho artículo hay que considerarlo como referido a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas (del Título I de la Constitución) o en la esfera general de la protección de la persona (SSTC de 13 de abril de 2000 y de 7 de junio de 2001). Fuera de la perspectiva que recoge el artículo 9.3 CE, la vulneración del principio de irretroactividad de las leyes debe fundamentarse en el artículo 2.3 CC.

Impugnación en casación por infracción del principio de irretroactividad de las normas: necesidad de indicar la norma temporal que corresponde aplicar y que justifica el cambio del sentido del fallo.—El recurso de casación adolece de falta claridad y precisión cuando simplemente se alega la infracción del principio de irretroactividad de una norma legal pero no se indica cuál es la norma a aplicar, con la consiguiente diferencia de régimen jurídico y su transcendencia concreta en la decisión del asunto, de modo que, de haberse aplicado la norma temporal correspondiente, pueda cambiar el sentido del fallo.

Doctrina casacional de la equivalencia de resultados.—No cabe casar la sentencia cuando se mantiene la misma solución de la resolución judicial recurrida aunque sea con argumentos diferentes (**STS de 17 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La resolución objeto del litigio se dictó en un proceso en el que se acumularon otros dos planteados como independientes (acumulación sobrevenida por reunión). En el primero en el tiempo, la entidad aseguradora A. demandó a la también aseguradora B. reclamándole 128.475.141 pts. Fundamentó la pretensión en el impago de comisiones por los servicios sanitarios prestados en la provincia de Las Palmas a afiliados de MUFASE, de la Mutualidad General Judicial y de la ONCE .En el segundo proceso acumulado, la aseguradora B. ejercitó acción de resolución contractual del contrato de agencia, indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual y de compensación de saldos, figurando como demandados don Pedro, su esposa doña Sonia y la entidad aseguradora A. La sentencia de instancia estimó la demanda de AA y condenó a la entidad B. al pago de 123.258.709 pts. Asimismo estimó también la demanda interpuesta por B. declarando resueltos los contratos de agente-representación suscritos por don Pedro y doña Sonia y los condenó, solidariamente, a que abonasen a B. la cantidad de 63.804.668 pesetas más el interés legal. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial de Zaragoza declaró haber lugar al recurso formulado por la entidad A. y desestimó el de la entidad aseguradora BB, revocando en consecuencia la sentencia recurrida en el sentido de desestimar la demanda interpuesta por B. contra don Pedro, su esposa doña Sonia y la compañía mercantil A. El Tribunal Supremo también desestimó el recurso de casación formulado por la entidad aseguradora B. (C.O.M.)

2. Propiedad horizontal. Actos propios.—El principio de que nadie puede ir contra sus propios actos sólo tiene aplicación cuando lo realizado se oponga a los actos que previamente hubieran creado una situación o relación de derecho que no podía ser alterada unilateralmente por quien se hallaba obligado a respetarla. El presupuesto para la aplicación de esta doctrina es que los actos sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin ninguna duda una determinada situación jurídica que afecte a su autor, y que entre en la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o una contradicción según el sentido que de buena fe, hubiera de atribuirse a aquélla. (**STS de 22 de enero de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—*Hostelería Rural, S. A.*, había intervenido como miembro activo en las Juntas de la Comunidad de Propietarios, emitiendo su voto en relación con los asuntos en ella tratados. En ningún momento Hostelería Rural, ante la convocatoria que se le hizo para asistir a las Juntas de la Comunidad de Propietarios, manifestó su oposición ni en las Juntas a las que asistió hizo reclamación alguna.

La Comunidad de Propietarios formula reclamación de siete millones trescientas cincuenta y una mil novecientas dieciocho pesetas, como importe de las cuotas comunitarias debidas por Hostelería Rural, SA. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada en primera instancia y desestima la demanda formulada.

NOTA.—El Tribunal Supremo entiende en la sentencia anotada que la demandada creó una situación de derecho consistente en la aceptación de su condición de miembro de la Comunidad actora que no puede ser alterada unilateralmente por su actuación posterior, defraudando así la confianza puesta por el tercero a quien va dirigida esa conducta.

La sentencia anotada reitera la doctrina de los actos propios de entre otras muchas las SSTS de 5 de octubre de 1984 (RJ 1984, 4758), 5 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6717) y 10 de junio de 1994 (RJ 1994, 5225), 14 de octubre de 2005 (RJ 2005, 7231) y 28 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8159) y 29 de noviembre de 2005 (RJ 2006, 36). (M. C. L. J.)

3. Plazo de prescripción de la acción para reclamar el pago de la remuneración de una prestación de servicios: cómputo del plazo (art. 1967 CC).—Jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 12 de febrero de 1990, 15 de noviembre de 1996, 8 de abril de 1997 y 16 de abril de 2003) considera que la regla especial en materia de comienzo del cómputo del plazo de prescripción contenida en el artículo 1967.4.^a *in fine* CC es aplicable a todos los supuestos que regula dicho precepto en los que el derecho que prescribe tiene su causa en una prestación de servicios.

Por tanto, el plazo de prescripción de 3 años que establece el artículo 1967.1.^a CC debe computarse «desde que dejaron de prestarse los respectivos servicios». (STS de 22 de enero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—Don J. A., en su condición de intermediario independiente, realiza por cuenta de la entidad *CEC, S. L.*, determinadas labores de promoción de la actividad comercial y empresarial de la citada empresa, recibiendo de ésta una contraprestación económica (la sentencia de primera instancia califica la relación jurídica que vincula a las partes como un contrato de agencia).

Don J. A. interpone una demanda contra la entidad *CEC, S. L.*, solicitando se dicte sentencia por la que se condene a la demandada a pagar determinada cantidad de dinero en concepto de comisiones

(esto es, la diferencia entre la cantidad que había cobrado y la cantidad que, a su juicio, tiene derecho).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por considerar que la acción ejercitada había prescrito conforme a lo dispuesto en el artículo 1967.1.^a CC. Interpuesto recurso de apelación por el demandante, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Como acertadamente señala el FD quinto de esta sentencia, al presente caso no resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, porque la prescripción extintiva de la acción para reclamar el pago de las comisiones había comenzado antes de la entrada en vigor de la citada Ley. (M. J. P. G.)

4. Intereses moratorios. Plazo de prescripción.—El Tribunal Supremo confirma una reiterada doctrina jurisprudencial (*v. gr.*, SSTS de 17 de marzo de 1994 y de 17 de marzo de 1998), según la cual el plazo de prescripción aplicable a los intereses varía en función de que se trate de intereses moratorios o remuneratorios. Los intereses moratorios (es decir, debidos como indemnizaciones por retraso en el pago de las rentas) tienen un indudable carácter indemnizatorio, por lo que les resulta aplicable el plazo general de quince años que señala el artículo 1964 CC. En cambio, a los intereses remuneratorios, dada su naturaleza compensatoria, se les aplica el plazo de prescripción de cinco años previsto en el artículo 1966.3.^º CC. (**STS de 30 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El 22 de abril de 1986, las partes celebraron un contrato de arrendamiento de maquinaria. En abril de 1994, la arrendadora presentó una demanda reclamando el pago de 17 millones de pts. Según la demandante, dicha cantidad de dinero se correspondía con 13,8 millones de pts., en concepto de rentas devengadas e impagadas, y el resto (3,2 millones de pts.), en concepto de intereses moratorios pactados al 1%. La arrendataria contestó a la demanda, alegando, únicamente, la excepción perentoria de prescripción de una parte de la deuda al amparo de lo previsto en el artículo 1966 CC. El Juzgado dictó sentencia, en la que, estimando parcialmente la demanda, condena a la demandada a abonar a la actora la cantidad de 7 millones de pts. La sentencia declara que las rentas anteriores a mayo de 1989 habían prescrito; sin embargo, no consideró prescritos los intereses moratorios pactados, al resultarles de aplicación el plazo de quince años previsto en el artículo 1964 CC y no el de cinco años que señala el artículo 1966.3.^º CC. Posteriormente, la Audiencia Provincial, desestimando el recurso presentado por la arrendataria, confirmó la sentencia del Juzgado. La arrendataria interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia, alegando que a los intereses moratorios se les ha de aplicar el plazo de prescripción quinquenal. (*L. P. S. M. P.*)

5. Prescripción de la acción reivindicatoria. *Dies a quo* para el cálculo del plazo.—De acuerdo con el artículo 1969 CC, el *dies a quo* para el

cómputo del plazo de ejercicio de la acción reivindicatoria es el de la *actio nata*; es decir, cuando el poseedor de la finca de la que el demandante es propietario se coloca en posición obstructiva de la propiedad. Sólo a partir de este momento puede accionar el verdadero propietario y puede dar comienzo al plazo de prescripción de la acción, que podrá ejercitarse desde entonces, siempre que el poseedor no haya adquirido ya el dominio por usucapión. (STS de 26 de febrero de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha de 24 de febrero de 1994 se otorga escritura notarial en la que se hace constar la propiedad de unas fincas a nombre de tres personas. Esta escritura sirve de base para la inmatriculación en el Registro de la propiedad de tales fincas a nombre de las tres personas que constan en la escritura. Los dueños de otra finca inscrita en el Registro de la propiedad solicitan la declaración de nulidad de la mencionada escritura, por falsedad, así como la nulidad y cancelación de las inscripciones que derivan de la misma. Alegan que las fincas inscritas son en realidad parte o parcelas de la finca de la que ellos son copropietarios y solicitan que así se declare en la sentencia. Los demandados se oponen a esta demanda y alegan, entre otros argumentos, que han adquirido las fincas por usucapión y que ha prescrito la acción reivindicatoria que ejercitan los demandantes.

El Juzgado de Primera Instancia se limita a declarar que las fincas inmatriculadas a raíz de la escritura pública de 24 de febrero de 1994 son partes o parcelas de la finca inscrita a favor de los demandantes, pero no acoge el resto de las peticiones de la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los demandantes, la Audiencia Provincial estima el recurso, al considerar que no se ha acreditado por los demandados la posesión en concepto de dueño sobre las fincas. Los demandados recurren en casación la sentencia de instancia, alegando, entre otros motivos, la infracción de los artículos 348 y 1963 CC. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso únicamente en relación a una cuestión sobre las costas de segunda instancia. (A. M. M.)

6. Contrato de agencia. Prescripción de la acción para reclamar la indemnización por daños y perjuicios. Interrupción de la prescripción por reclamación judicial. No la integra la acción ejercitada por persona distinta y fundada en diferente causa de pedir.—Para que una demanda produzca el efecto interruptivo de la prescripción se requiere que en ella concurren los requisitos legales. La jurisprudencia viene entendiendo que los actos interruptivos deben tener como objeto la pretensión que se encuentra en curso de prescripción y no otra, y que el ejercicio de la acción deber proceder del titular del derecho que se encuentra en curso de prescripción o de su representante (SSTS de 16 de noviembre de 1985, de 21 de julio de 2004 y de 14 de julio de 2005). En el caso de autos, la sociedad actora pretende fundar la interrupción en la demanda planteada por P., su fundador y anterior agente de la demandada, ante la jurisdicción social y por despido improcedente. Sin embargo, no puede estimarse que esta demanda tenga el efecto interruptivo pretendido porque ni se ejercitó la misma acción, ni el actor fue el mismo en

ambas acciones. Por lo que debe concluirse que no existió la identidad requerida en el artículo 1.973 CC para que pueda interrumpirse la prescripción. (**STS de 23 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil C., creada por don P. antiguo agente de la demandada O.G.E., suscribió varios contratos con esta última y con el mismo objeto. Los nuevos contratos de agencia tenían duración anual y finalizaban el 31 de diciembre de cada año. Por desavenencias surgidas entre ambas partes, el 17 de febrero de 1995 la demandada comunicó a C. la no renovación del contrato. Don P. demandó en vía laboral a O.G.E. por despido improcedente. La jurisdicción laboral desestimó la demanda por estimar que existía una relación mercantil y no laboral. La sociedad C. demandó entonces a O.G.E. el 5 de febrero de 1996, pidiendo indemnización de daños y perjuicios por la resolución unilateral, así como por creación de clientela. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al pago de una indemnización por clientela. La Audiencia Provincial de Madrid revocó la sentencia de instancia y consideró que la acción había prescrito, por lo que desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. A. G. D.*)

DERECHO DE LA PERSONA

7. Publicidad de la intromisión ilegítima.—«Los diarios personales se hicieron públicos puesto que se pusieron en conocimiento de terceros. El secreto profesional que vinculaba a quienes conocieron aquellos hechos íntimos sólo garantizaba que la transmisión de esa información no se difundiría, además, a otras personas. Ello deviene más grave cuando son públicas las actuaciones judiciales y se practican en audiencia pública las diligencias de prueba y las vistas de los pleitos. Es más, dichos diarios íntimos carecían en absoluto de relevancia pública y la persona afectada era una ciudadana privada.» (**STS de 23 de febrero de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El demandado y recurrente en casación, Don P.M.G., sin conocimiento y consentimiento de la actora, Doña M.O.R., intentó aportar dos cuadernos manuscritos por ésta, que constituían su diario personal al Juzgado de Primera Instancia en el que se sustanciaba el incidente de oposición al auto de medidas coetáneas incoado en relación al proceso de separación conyugal seguido entre dichos cónyuges. Dicha aportación fue rechazada por el Juzgado, pese a lo cual posteriormente, en fase de ejecución de la sentencia de separación, Don P.M.G. hizo entrega de los mismos al Médico Forense, con la finalidad de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional los trastornos psíquicos que, según él, padecía Doña M.O.R. Doña M.O.R. interpuso demanda sobre protec-

ción jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona en protección de su derecho a la intimidad personal y su honor. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la obligación de Don P.M.G. de indemnizar a la actora por los daños morales que dicha intromisión le había producido, atendiendo a la gravedad de la lesión y al beneficio personal que pretendía obtener con ello. Interpuesto recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, éste fue desestimado. El recurso de casación se apoya en los siguientes motivos: infracción por aplicación indebida del artículo 7. 3.^º de la LO 1/82 de protección civil de los derechos de la persona; y colisión de Derechos Fundamentales, en concreto el derecho al honor y a la propia imagen. El Tribunal Supremo desestima dichas pretensiones. (E. C. V.)

8. El derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto.—El derecho a la propia imagen está limitado por los otros derechos fundamentales, por los usos sociales, y por otras circunstancias de variada índole que pueden excluir la ilicitud o la ilegitimidad de la intromisión, tales como el carácter accesorio de la imagen de la persona respecto del contexto general, el hecho de que la imagen se haya tomado en un lugar público y a la luz del día, la finalidad perseguida de obtener un medio lícito de prueba para un proceso laboral, la inexistencia de daño para el demandante dado que no se aprecia circunstancia alguna que suponga un desmerecimiento para su persona, o el hecho de que la grabación se realice por profesionales sujetos a un control legal y se utilice exclusivamente en el ámbito procesal.

Carácter accesorio de la imagen de una persona.—Es jurisprudencia del Tribunal Supremo la que aprecia como relevante jurídicamente el carácter accesorio de la imagen tomada de una persona, a efectos de una posible exclusión de la responsabilidad por intromisión ilegítima. Existe *accesoriedad cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el «afectado».* (STS de 22 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Por encargo de la entidad aseguradora M., una agencia de detectives privados grabó en vídeo la actuación de una persona, en plena calle y a la luz del día, con el único fin de aportarla como prueba en un procedimiento judicial. Por casualidad, aparece en el vídeo un tercero ajeno a dicho procedimiento, quien, al tener conocimiento de ello, interpone una demanda en juicio ordinario de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona. En ambas instancias se desestimó la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (C. J. D.)

9. La adquisición por usucapión de los títulos nobiliarios y su cómputo.—A partir de 1985, la doctrina jurisprudencial imperante admite la prescripción adquisitiva de los títulos nobiliarios, es decir, la prescripción se considera un modo idóneo para consolidar la posesión precaria de estos

títulos. Si bien es cierto que la Ley 45 de Toro consagra el principio de imprescriptibilidad en el tiempo para el óptimo y civilísimo poseedor, es decir, el mayorazgo; esta regla tiene en cuenta la excepción que se establece en la Ley 41 de Toro, que permite la adquisición por usucapión de un Título por posesión pacífica y continuada durante cuarenta años. La mencionada jurisprudencia se puede sintetizar en el sentido de que la posesión civilísima, ficticia, independientemente del hecho material de la posesión de derecho que propugna la Ley 45 de Toro, cede ante la posesión real, el contacto con la cosa y el disfrute del derecho, que, una vez han transcurrido cuarenta años, pierde precariedad en razón del presunto abandono y de la seguridad jurídica. Esto implica que la adquisición en precario por quien pertenece al linaje o estirpe queda sanada por el transcurso del tiempo y no cede respecto de quién ostentaba un mejor derecho (*vid.* en este sentido las SSTS de 11 de julio de 1986, 27 de marzo de 1985 y 7 de julio de 1987).

Respecto del cómputo de los cuarenta años necesarios para la prescripción adquisitiva, el último tenedor puede completar el tiempo de la posesión uniendo el suyo al de su causante. El cómputo del plazo de cuarenta años se inicia con el primer tenedor rehabilitante o cesionario irregular del título y finaliza con el último poseedor, siempre que se trate de descendientes directos, con las excepciones de quienes no estuvieran entre los llamamientos o hubieran obtenido los títulos mediante fraude. (**STS de 24 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—D. L. demanda a don. A. sobre reclamación de mejor derecho absoluto y preferencia al Título de Castilla de Marqués X.

El Juzgado de Primera Instancia rechaza la demanda puesto que acoge la prescripción adquisitiva alegada por el demandado y, en consecuencia, mantiene a este último, frente a todos, en el derecho al disfrute del citado Título nobiliario. Esta sentencia fue confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. La parte actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (S. E. M.)

10. Los límites al control jurisdiccional de la actuación de las Asociaciones: el control de las causas de expulsión de los asociados.—Las actividades privadas de las Asociaciones no son un ámbito exento del control jurisdiccional. Sin embargo, este control ha de respetar los límites del derecho constitucional de asociación y el derecho de las asociaciones a su autoorganización. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando hacia una restricción del control judicial sobre las decisiones asociativas de expulsión de los socios, hasta coincidir totalmente con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, donde se establece que dicho control ha de limitarse a comprobar si existe o no una «base razonable» para el acuerdo de expulsión (entre otras, las SSTC de 23 de julio de 1988, 21 de marzo de 1994, 14 de junio de 1999 y 27 de abril de 2006; y las SSTS de 24 de marzo de 1992, 2 de marzo de 1999, 18 de noviembre de 2000, 9 de junio de 2001, 16 de junio de 2003, 5 de julio de 2004, 31 de marzo de 2005 y 23 de junio de 2006). Cuando se cumplen las reglas estatutarias de la correspondiente asociación y las garantías procedimentales, especialmente las relativas a la audiencia del interesado, así como la posibilidad de acudir a los recursos oportunos, el Juez no

puede entrar a valorar, con independencia del juicio llevado a cabo por los órganos de la Asociación, la conducta del socio y si ésta es motivo suficiente para una expulsión. En estos casos, el control jurisdiccional ha de limitarse a comprobar si existe una base razonable que permita justificar la decisión adoptada por los órganos asociativos en virtud de sus respectivos estatutos; y si estos últimos son o no conformes a la Constitución y a la ley. (**STS de 30 de noviembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Doña S, socia de la Asociación A. U. A., ejercita la acción de declaración de nulidad del acuerdo por el cual dicha entidad le imponía la sanción de expulsión de la misma.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, ya que, tras la valoración del juez de los elementos probatorios presentados, considera que el acuerdo sancionador carece de motivación suficiente, pues no se precisaban las imputaciones dirigidas contra la socia expedientada y tampoco se justificaban los hechos a los que tales imputaciones hacían referencia. En apelación, la Audiencia Provincial acepta los fundamentos jurídicos de la instancia e incide en la falta de motivación, así como en la falta de realidad de los cargos imputados. La demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, casa y anula la sentencia recurrida y revoca la de primera instancia desestimando íntegramente la demanda interpuesta en su día por la actora. (*S. E. M.*)

11. Asociaciones. Convocatoria y celebración de asamblea general.
Actos propios. La participación en la asamblea general sin denunciar ni hacer protestas de los posibles defectos de la convocatoria, pese a concretarlos, impide al sujeto una posterior impugnación de la convocatoria fundada en dichos vicios, por ser contraria a la doctrina de los actos propios.—Es un hecho probado que la Federación incumplió el artículo 34 de sus Estatutos, relativo a los plazos que debían mediar entre la convocatoria y la celebración de la asamblea general. Pero también es constatable que el actor no impugnó al constituirse la reunión asamblearia por el defecto de convocatoria, sino que participó en sus deliberaciones y debates, votando o absteniéndose de hacerlo. Los defectos de convocatoria han de exponerse al comenzar la reunión a fin de que no se estudie el orden del día propuesto. Otra conducta implica una vulneración de la doctrina que prohíbe ir contra los actos propios, reclamando tiempo después de la celebración de la asamblea una nulidad por vicios de convocatoria, cuando se ha asistido a ella y no se han formulado reproches legales en el momento de iniciarse la reunión. (**STS de 20 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—El actor demandó la nulidad de la convocatoria de la asamblea general de la Federación Española de Tiro Olímpico, así como de los acuerdos adoptados en la misma; fundando su impugnación en la infracción de determinados preceptos de los Estatutos de dicha Federación, reguladores de los plazos que debían mediar entre convocatoria y celebración de la asamblea. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de

Madrid rechazaron la demanda, por quedar acreditado que el actor no sólo no denunció dichos vicios en el momento de constituirse la asamblea, sino que participó en la misma, deliberando y votando en la adopción de acuerdos. Por lo que consideraron que la posterior impugnación suponía una conducta contraria a sus actos propios anteriores a la acción. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L.A.G.D.)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

12. Necesidad de que el objeto del contrato se encuentre determinado en cuanto a su especie.—El artículo 1261 CC exige como requisito esencial para la validez de los contratos que el objeto del contrato sea cierto. A su vez, señala el artículo 1273 CC que «*el objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie*», lo que se traduce en que la cosa esté identificada o sea identificable, es decir, que estemos ante una cosa «no confundible».

Se entiende por objeto «determinado» aquél que consta individualizado, o sobre el que no se duda de su realidad objetiva, de su identidad, de manera que no genere confusión con otros distintos. No obstante, nuestro legislador admite también la existencia de objeto en el supuesto de «determinabilidad», es decir, la situación en que, aunque no existe determinación inicial en el momento de perfección del contrato, cabe la determinación posterior sin necesidad de acudir a un nuevo acuerdo sobre el objeto entre los contratantes.

Compraventa de cosa futura. «Determinabilidad» del objeto.—Nuestro CC admite la posibilidad de que el objeto del contrato de compraventa sea una cosa futura, puesto que no es necesario que la cosa sobre la que se contrata tenga una existencia real en el momento de celebración del contrato, sino que es suficiente con que exista una «razonable probabilidad de existencia» (art. 1271.1 CC).

Si extrapolamos el presupuesto contenido en el artículo 1273 CC, en relación al objeto del contrato, a aquellos contratos en los que se haga referencia a un proyecto de construcción de un inmueble, en el que se haya fijado su valor pero no se haya concretado su superficie u otras características esenciales como puedan ser el tipo de construcción o la calidad, deberá entenderse que en estos casos el objeto se encuentra perfectamente determinado (FJ 2.º) (STS 23 de febrero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La parte actora interpone demanda solicitando se declare la validez y eficacia del contrato privado de compraventa sobre cosa futura celebrado entre la demandante y la sociedad demandada, y se condene a la parte demandada a la entrega de la edificación debidamente terminada. El Juzgado de Primera Instancia estimó en su integridad la demanda interpuesta al considerar que se trataba de un contrato de compraventa de cosa futura perfectamente válido. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Pro-

vincial revoca parcialmente la demanda al considerar que el contrato celebrado entre las partes es en realidad una promesa bilateral de vender y comprar, dada la indeterminación del inmueble objeto del contrato, por lo que hubiera sido necesario acudir a un ulterior consenso para integrar las condiciones de la venta. Considera la Audiencia que al faltar la identificación del elemento material de la venta no cabe el cumplimiento de forma específica, por lo que sólo habrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios por valor del importe abonado por la parte demandante. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la parte actora en primera instancia, al considerar que la Audiencia confunde lo que supone la indeterminación del objeto con el carácter genérico del objeto del contrato.

NOTA.—Nuestro CC exige la determinación del objeto del contrato como presupuesto esencial para su validez. Para considerar que el contrato ha sido válidamente celebrado es imprescindible que se tenga conocimiento del concreto objeto del contrato o, al menos, que puede llegar a conocerse sin necesidad de recurrir a un nuevo acuerdo entre las partes. En el supuesto en que la concreción del objeto se haya dejado para un momento posterior que suponga la necesidad de que se produzca un nuevo acuerdo entre las partes, deberá entenderse que únicamente han existido unos tratos previos, y, en ningún caso, un contrato perfeccionado.

Sin embargo, no debemos identificar determinación del objeto únicamente con los supuestos de absoluta y total concreción. Es posible que exista lo que se ha venido a denominar una «determinación primaria o inicial», que, por supuesto, debe ser posteriormente integrada, pero que no requiere un nuevo acuerdo entre las partes al respecto, sino simplemente una determinación en un momento posterior (SSTS de 9 de enero de 1995 [RJ 1995/340], 10 de octubre de 1997 [RJ 1997/7069], 8 de marzo de 2002 [RJ 2002/1914], 12 de noviembre de 2004 [RJ 2004/6900]). Estos casos son denominados supuestos de «determinabilidad» del objeto, en los cuales se cumple claramente con el requisito que exige el Código para la validez de los contratos (Sobre este particular, Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Madrid, 1996, pp. 210 y 211).

En el supuesto de compraventa de cosa futura, que el objeto del contrato sea una cosa futura no significa que el objeto no se encuentre determinado. El objeto está determinado cuando se encuentra individualizado o existen elementos para conocer su identidad (Sobre este particular, *vid.* Rogel Vide, C., *La compraventa de cosa futura*, Bolonia, 1975, pp. 54-60).

Es doctrina jurisprudencial reiterada que no existe determinación absoluta, sino determinabilidad, en el caso en que exista un proyecto básico de construcción en el que se fije el valor del piso. La falta de proyecto de ejecución tampoco afecta a la determinación de la realidad objetiva contractual (SSTS de 8 de marzo de 1995 [RJ1995/2154], 25 de abril de 2003 [RJ 2003 /3546], entre otras). De este modo, la mera indeterminación en la cantidad de metros del inmueble vendido no supone que nos encontremos ante un objeto no cierto (STS de 16 de octubre de 1982 [RJ 1982/5559]) (L.Z.G.)

13. Simulación contractual.—La simulación contractual da lugar a la nulidad absoluta o radical del contrato simulado al faltar en el mismo la causa como elemento fundamental exigido por el artículo 1261.3.º del CC. La nulidad radical, sin posibilidad de sanación posterior, resulta predictable tanto en los supuestos de simulación absoluta como en los de simulación relativa, si bien en este último caso referida al contrato simulado bajo cuya apariencia pudiera encubrirse otro fundado en una causa verdadera y lícita (artículo 1.276 CC). Como consecuencia de ello la acción para pedir la declaración de nulidad del contrato simulado no está sujeta en su ejercicio a plazo de caducidad o de prescripción alguno, pues lo que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo. De ahí que en tales casos no pueda acudirse a las normas que sobre la nulidad contractual establecen los artículos 1.300 y 1.301 del CC, pues ya el primero se refiere de modo expreso a *«los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261»*, los cuales, siendo existentes, pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalidan con arreglo a la Ley.

Simulación relativa.—La simulación relativa comporta, por un lado, la nulidad absoluta y radical del contrato aparente, que carece de causa y es realmente inexistente, aunque pueda encubrir otro cuya validez pudiera sostenerse al estar fundado en otra verdadera y lícita como exige el artículo 1276 del CC (SSTS de 8 febrero 1996 [RJ 1996, 1346] y 19 junio 1997 [RJ 1997, 5418], entre otras). (**STS de 22 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Con fecha 22 de septiembre de 1992, la mercantil C, SL otorga escritura pública de compraventa de la finca registral n.º 1 a favor de don Eduardo. Posteriormente, en escritura pública de compraventa de fecha 30 de octubre de 1992, don Carlos y doña Carmen transfieren las fincas registrales números 2 y 3 a su hijo don Eduardo.

La entidad L. Leasing, SA formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía que dirigió contra don Carlos, doña Carmen, don Eduardo y la entidad C, SL, interesando que se dictara sentencia que contuviera, en resumen, los pronunciamientos de declarar la nulidad relativa de la escritura pública de compraventa de la finca registral n.º 1, declarando que los verdaderos compradores fueron don Carlos y doña Carmen; subsidiariamente, si se entendiera que la transmisión fue a título de donación, se declare la nulidad absoluta o relativa y, en su caso, la rescisión de tal donación al haberse otorgado en fraude de acreedores y en claro abuso de derecho; asimismo se declare la nulidad absoluta de las ventas efectuadas sobre las fincas registrales n.º 2 y 3 y subsidiariamente, si se entendiere que se trata de una donación, se declare la nulidad relativa de la misma y su rescisión al haberse efectuado en fraude de acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta y declaró la nulidad por simulación de la venta efectuada por los demandados don Carlos y doña Carmen a su hijo don Eduardo sobre las fincas 2 y 3, e igualmente que la venta realizada por la demandada C, SL sobre la finca n.º 1 lo fue en realidad a favor de los demandados don Carlos y doña Carmen, condenando a los demandados don Carlos y doña Carmen a que abonasen a la

actora la cantidad de 8.665.659 pesetas. El Juzgado absolvió a C, SL de las peticiones formuladas en el suplico de la demanda.

Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso formulado por L. Leasing, SA, y estimó el deducido por C, SL. Asimismo estimó parcialmente el recurso interpuesto por don Carlos y doña Carmen dejando sin efecto la condena de los mismos al pago a la actora de la cantidad de 8.665.659 pesetas.

NOTA.—En el supuesto resuelto por el Tribunal Supremo en la sentencia anotada la ineficacia de los negocios jurídicos se declara por simulación absoluta, en el caso del primero, y por simulación relativa, en cuanto al segundo, por estimarse acreditado que no existió negocio alguno en relación con las fincas registrales números 2 y 3 y que sí existió venta respecto de la finca nº 1 si bien el comprador no fue el demandado don Eduardo sino sus padres, los también demandados don Carlos y doña Carmen.

En esta sentencia el Alto Tribunal reitera la doctrina establecida, entre otras, en las SSTS de 18 octubre 2005 (RJ 2005, 7218), y la de 4 octubre 2006 (RJ 2006, 6429), que afirman que «*aunque ciertamente la literalidad del artículo 1301 CC podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca a los cuatro años, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse por el paso del tiempo, habiendo declarado la sentencia de 4 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 7910), que «la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción» (en el mismo sentido la sentencia de 14 de marzo de 2000 [RJ 2000, 1203], entre muchas otras)».* (M. C. L. J.)

14. Negocio fiduciario: calificación: validez: herederos conformes en atribuir formalmente una finca ganancial a la viuda: facultades de la fiduciaria.—En un documento privado de 1987 todos los hijos pidieron a la inmobiliaria que escriturase el piso, ya pagado en la totalidad de los plazos, a nombre de su madre viuda, figurando por tanto en el Registro de la Propiedad como privativo suyo adquirido en estado de viudez. La interpretación de la instancia es que las partes se limitaron a concertar un negocio fiduciario del tipo *fiducia cum amico* en el que la transmisión de la propiedad se basa en la confianza en el fiduciario, de modo que éste la conservará hasta el momento en que se le reclame por el fiduciante la propiedad de lo transmitido. Se trata de un tipo específico de negocio fundamentado en la confianza propia entre los familiares intervenientes directos que, en dicho momento, conservaban buenas relaciones personales; negocio válido y eficaz, como ha tenido ocasión de decir la STS de 02.12.96, que no autoriza al fiduciario a realizar actos dispositivos que contradigan lo pactado entre ellos, sin perjuicio de la protección de los terceros de buena fe. La interpretación dada en la instancia ha de prevalecer porque en modo alguno se ha demostrado ilógica, arbitraria o vulneradora de reglas legales (como dicen las SSTS 24.09.98 y 14.03.00, y las que en ellas se citan).

Nulidad de la venta hecha por la fiduciaria a una hija.—La madre, arrogándose la titularidad civil por figurar a su nombre, enajenó el piso a la

demandada por escritura pública de 1995, reclamando sus hermanos la ruptura de la fiducia y solicitando la declaración de su ganancialidad, en otras palabras, defendiendo la titularidad real. Por otra parte, la compradora carecía de buena fe porque intervino previamente en el documento privado de 1987.

No hay renuncia a la herencia.—De calificarse el documento privado de 1987 de renuncia de todos los coherederos a sus derechos en un determinado bien en favor de tercero, no sería exigible *ad solemnitatem* la escritura pública, pero la sentencia recurrida expone otra *ratio decidendi*, y es la doctrina de esta Sala que niega que la renuncia pueda apoyarse en actos que no sean inequívocamente expresivos de ella; doctrina mantenida por STS de 19.12.97 exigiendo que la renuncia sea expresa, no deducible de actos equívocos, y la de 05.03.91 que exige que los actos de que se pueda deducir han de ser claros e inequívocos.

Actos propios.—Esta doctrina no es invocable porque los actores no impugnan el documento privado de 1987, sino que se pretenden que se esclarezca su alcance y significado. Por otra parte el cambio de la condición de bien (de ganancial pasa a ser privativo o viceversa) sólo puede provenir del acuerdo de los cónyuges constante matrimonio según el artículo 1355 CC. (STS de 27 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

NOTA.—Correcta calificación del negocio que, fallecido el padre, todos los hijos convienen con la constructora consistente en escriturar a nombre de la madre viuda el piso como si fuera privativo suyo. Años más tarde la madre enajena aquél a favor de una hija. En ambas instancias se decreta la nulidad de la venta por infringir la fiducia. Siguiendo el orden natural de la vida, los hijos pensaron indudablemente que al fallecer la madre, todos los hijos participarían del piso que, en realidad, había sido ganancial. Una de las hijas se desmarca del acuerdo inicial y por vía oblicua pretende apropiarse del piso. Maniobra abortada. Solución justa. (G.G.C.)

15. Precontrato.—El precontrato constituye la primera fase del *iter contractus*. La relación jurídica contractual nace en el precontrato y posteriormente se pone en vigor el contrato preparado; por tanto, se distinguen dos fases, la primera es el precontrato en que se concreta el contrato comprometido y las partes tiene la obligación y el derecho de ejecutarlo y la segunda, el cumplimiento del precontrato que implica la consumación del anterior. El precontrato bilateral implica que ambas partes tienen el deber y el derecho de poner en vigor el contrato comprometido. El precontrato exige que el objeto esté perfectamente determinado y así, en el precontrato de compraventa es necesario que conste la cosa vendida y el precio: si no estuvieran determinados e hiciera falta un nuevo acuerdo, se trataría de simples tratos previos, sin eficacia obligacional.

Interpretación del contrato.—La jurisprudencia ha venido manteniendo que la interpretación del contrato y la calificación del mismo que deriva de aquélla es función del Tribunal de instancia, siempre a salvo de que sea arbitraria, absurda o ilegal. Es arbitraria la calificación de «contrato atípico de compromiso» que no existe en Derecho, ya que se puede considerar típico precontrato de compraventa y el contrato de compromiso es aquel que da

lugar al arbitraje. (**STS de 14 de diciembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Mediante precontrato con fecha de 27 de noviembre de 1991 se acuerda la compra de unos terrenos en Almería, destinados al cultivo. El contenido del contrato que fue adaptado, «*sin alterar su contenido básico*» por acuerdo de 8 de enero de 1994. En el precontrato de 1991 se incluyen explícitamente los «*pozos, transformadores, tuberías y servidumbres, caminos y carreteras y líneas eléctricas, etc.*» y se detallan; en el acuerdo de 1994, complementario, que tiene por objeto, como se dice literalmente, «*efectuar en el contenido del mencionado contrato (el de 1991) algunas adaptaciones que, sin alterar su contenido básico, lo adapten a la situación económica actual*», hay una exclusión de «*los pozos, tuberías, accesorios y derechos de toda índole que fueren necesarios para integrar el patrimonio de la comunidad de regantes, actualmente en trámite de constitución, que deberá garantizar a los comuneros el caudal de agua suficiente para su explotación agrícola*».

El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial estimaron prácticamente todas las pretensiones declarativas y rechazaron todas las de condena, por lo que declararon válido y eficaz el negocio jurídico de 27 de noviembre de 1991, pero no condenaron al cumplimiento de la parte que no se había consumado.

NOTA.—Las dos cuestiones, plenamente jurídicas, que se plantean en casación son esencialmente: la calificación del negocio jurídico de 27 de noviembre de 1991 que fue adaptado, «*sin alterar su contenido básico*» por acuerdo de 8 de enero de 1994; y el contenido del mismo en relación con los pozos o sondeos, tuberías y accesorios.

En cuanto a la primera cuestión, el Tribunal Supremo lo califica como precontrato bilateral de compraventa tanto por el tenor literal del mismo (le llaman «*compromiso de compraventa*», declaran «*su intención de vender y comprar*», «*el compromiso de compraventa asumido se llevará a cabo*») como por el contenido de derechos y obligaciones (se prevé un «*calendario de ejecución del compromiso*», un «*calendario de ventas parciales*» y las «*formas de pago*» en distintas fases).

El Alto Tribunal considera en la sentencia anotada incluidos los pozos por los siguientes motivos: porque la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, confirmada en apelación, declara que están incluidos como objeto del contrato de compraventa de 1991 los pozos y sondeos y accesorios, no eliminados por el acuerdo de 1994. Segundo, porque del texto y del contexto del precontrato y de su complemento posterior se deduce la inclusión de los pozos (salvo lo que ese expresa en el acuerdo que 1994), ya que es «*un sinsentido la compra de unos terrenos en Almería, destinados al cultivo, por un precio elevadísimo, sin incluir el agua*». Tercero, porque el texto del precontrato de 1991 los incluye expresamente y el acuerdo de 1994 simplemente excluye algunos, lo que significa a sensu contrario que mantiene la inclusión. En conclusión, para el TS los pozos o sondeos con todo lo que lleva consigo, sí fueron objeto del

precontrato de compraventa, con exclusión de aquéllos a los que se refiere expresamente, no más, el acuerdo de en 1994.

Por consiguiente el Alto Tribunal estima los pedimentos de condena que implican la venta de las fincas y pozos y elementos que no se han hecho incumpliendo el precontrato lo que deberán cumplir los codemandados, previo el pago que proceda del precio acordado, por los demandantes. (M. C. L. J.)

16. Condiciones generales de la contratación. Cláusula abusiva que genera obligación de restitución de cantidades a los consumidores. Legitimación activa de las asociaciones de consumidores para efectuar la reclamación.—El artículo 20.1 de la Ley 26/1984, como hoy el artículo 11.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (no aplicable al proceso por razones temporales), faculta a las asociaciones de consumidores a defender, además de sus propios derechos e intereses y los generales de los consumidores y usuarios, los de sus asociados.

Legitimación por representación que deja a salvo la individual de los propios perjudicados y que facultaba a la Asociación de consumidores demandante para defender en el proceso unos derechos individuales homogéneos de las consumidoras en ella agrupadas, en nombre e interés de las mismas (sentencias de 18 de mayo de 1993, 20 de noviembre de 1996 y 7 de noviembre de 2003).

Es abusiva y nula la cláusula contractual no negociada individualmente que no separa o individualiza los costes puestos a cargo de los consumidores.—Dos son las infracciones de la Ley 26/1984 por las que la Audiencia Provincial declaró abusiva y, por ello, nula la cláusula de que se trata.

En primer término, no haberse ajustado los contratos litigiosos exactamente al modelo normado, de lo que deriva, como consecuencia, un desequilibrio económico en perjuicio de los consumidores, en el sentido del artículo 10 bis de la Ley 26/1984.

La correlación que establece el Tribunal de apelación entre la falta de coincidencia completa de los contratos litigiosos con el modelo reglamentariamente establecido y el desequilibrio de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato no es, en abstracto, exacto, dado que, por hipótesis, cabe aquello sin que tenga lugar esto. Además, en la demanda no se pretendió la condena de la demandada a restituir lo cobrado por ser excesivo respecto al verdadero coste de la documentación del contrato y la revisión de las instalaciones.

Sin embargo, la falta de separación o individualización de los costes puestos a cargo de los consumidores, en cláusula no negociada individualmente, se traduce en una limitación de la facultad de estos de controlar el cumplimiento del contrato, que se refiere a «costes» en sentido estricto, y, al fin, el equilibrio efectivo entre las prestaciones que dan y las que reciben. Lo que, como señala el Tribunal de apelación, es abusivo a la luz de la disposición adicional primera de la Ley 7/98 (en particular, de la regla 14 del apartado II de la misma). (**STS de 3 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrández Gabriel.]

HECHOS.—Una Asociación de Consumidores interpuso una demanda contra una compañía de suministro de gas solicitando que

se condenara a la demandada a pagar determinadas cantidades a 489 consumidores que se relacionaban. Sostenía la demandante que el contrato de suministro de gas ponía a cargo de los consumidores el pago de determinados costes que eran indebidos. Al tratarse de una cláusula abusiva, la compañía suministradora estaba obligada a restituir a los consumidores las cantidades indebidamente percibidas. El juez de primera instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo ratificaron esta decisión.(*M. C. B.*)

17. Compensación judicial. Facultad judicial. Requisitos.—Si bien no aparece expresamente recogida en el artículo 1.195 CC, la llamada compensación judicial ha sido admitida en numerosas sentencias, en las que se ha configurado como una especie de compensación en la que no son de exigencia todos los requisitos que el Código fija para la legal y que la ordena el órgano jurisdiccional en sentencia y como resultado de un proceso (STS de 17 de julio de 2000). Se trata de una facultad del juzgador que puede tener lugar cuando falta alguno de los requisitos legales o no se dan los supuestos de la compensación voluntaria, pero se ha probado la existencia de las deudas concurrentes (SS.T.S de 18 de enero de 1999 y de 8 de junio de 1998). Ciertamente la compensación judicial requiere que concurran créditos y títulos recíprocos y que las partes sean acreedoras y deudoras por derecho propio, aunque no es exigible que concurran todos los requisitos exigidos por el CC para que proceda la compensación legal, entre ellos, que las deudas sean líquidas (STS de 26 de marzo de 2001).

Compensación judicial. Finalidad. Límites de acuerdo con los Principios del Derecho Europeo de los contratos.—Así pues, se cumplen las finalidades buscadas con la compensación, a saber, la conveniencia de simplificar las operaciones de cumplimiento de la obligación, y por ello, cuando una sentencia debe contener diferentes condenas dada la reclamación de obligaciones diferentes por las partes en litigio, resulta una necesidad técnica la emisión de una única condena que tenga por objeto el saldo. Ello será posible siempre que no se perjudiquen los intereses de ambas partes (art. 13:102 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos) (**STS de 5 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La mercantil R.S.R. demandó a don R. en reclamación de diversas cantidades. El demandado se opuso y formuló demanda reconvencional solicitando que se compensaran diversas deudas que la actora tenía con aquél, en general por haber salido como avalista de obligaciones de la actora. El Juzgado de Primera Instancia admitió la compensación pero sólo en cuanto a las deudas efectivamente abonadas por don R., y no así por las que se había tratabado embargo sobre bienes del demandado-reconviniente, al no constar que se hubiese pagado cantidad alguna. La Audiencia Provincial de Toledo estimó el recurso del demandado y compensó igualmente las cantidades por las que se había tratabado el embargo, al haberse ejecutado el mismo antes de la sentencia de segunda instancia. La actora plantea recurso de casación, al entender que no es posible compensar una cantidad que no ha sido pagada ni ha surgido a la vida jurídica en los términos planteados en la demanda, ni

en la contestación y reconvención. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

18. *Exceptio non adimpleti contractus* y *exceptio non rite adimpleti contractus*.—La jurisprudencia ha distinguido, aunque no siempre con la precisión deseable, entre la *exceptio non adimpleti contractus* y la *exceptio non rite adimpleti contractus*, distinción que se ha basado en la gravedad del incumplimiento, especialmente en el contrato de obra, para señalar si los defectos de la obra son de importancia y trascendencia en relación con la finalidad perseguida y con la facilidad o dificultad de la subsanación, haciéndola imprópria para satisfacer el interés del comitente. La llamada *exceptio non adimpleti contractus* enerva la reclamación hasta en tanto no se realice la prestación de la contraparte. La excepción enerva la reclamación temporalmente, y tiene sentido en tanto la prestación no realizada siga siendo útil. Si en ese estado de cosas se genera una situación irreversible, por darse uno de los llamados incumplimientos esenciales, de diversa tipología, que comprenden la imposibilidad sobrevenida fortuita, el transcurso del término llamado esencial, el «*aliud pro alio*», la imposibilidad de alcanzar los rendimientos o utilidades previstos, o la frustración del fin del contrato, estaremos ante un incumplimiento resolutorio y el remedio habrá de buscarse por la vía del artículo 1124 CC a través de las acciones pertinentes, de cumplimiento o de resolución y de indemnización.

Sólo la distinción entre una excepción que faculte para suspender la propia prestación y otra que no alcance este efecto justifica, a criterio de esta Sala, la diferencia entre las llamadas *exceptio non adimpleti* y *exceptio non rite adimpleti contractus*. Ambas tendrían, así, el efecto común de producir la valoración de la gravedad del incumplimiento, y en ambos casos no estaríamos ante un efecto resolutorio, con los consiguientes efectos sobre la *mora debitoris* de las obligaciones sinalagmáticas, de cuyo régimen se ocupa el párrafo final del artículo 1100 CC. (STS de 20 de diciembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Por documento privado de 1993, se conviene la compraventa de viviendas con anejos (trasteros) y plazas de garaje.

Los compradores interponen demanda en la que solicitan que se condene a los vendedores al otorgamiento de escritura notarial para dar forma pública al documento privado de 3 de mayo de 1993; a que en ese mismo acto señalaran los anejos de las viviendas, consistentes en un espacio o plaza de garaje para dos coches, que contengan las medidas legales, y dos trasteros.

Por su parte los vendedores formularon reconvención en la que solicitaban que se declarara que los compradores vienen obligados a satisfacer a los vendedores la suma de doce millones de pesetas, más IVA, cantidad que resta por satisfacer por la adquisición de las viviendas y plazas de garaje referidas; que se condene a los compradores a otorgar escritura pública de compraventa de las viviendas, anejos y plazas de garaje referidos en el documento de 3 de mayo de 1993; que se declare que las plazas de garaje asignadas a los compradores reúnen los requisitos y condiciones legales y contractuales.

El Juzgado de Primera Instancia señaló que ha de elevarse el contrato a escritura pública, previa fijación de los anejos y designación del espacio para dos coches. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirma la decisión adoptada en primera instancia.

NOTA.—A partir de la constatación de las deficiencias, carencias o imperfecciones de la prestación, la cuestión en la sentencia anotada se centra en saber si tales defectos, o el incumplimiento de deberes accesorios, instrumentales o complementarios, puede justificar que el otro contratante, acreedor de la prestación de que se trate, pueda suspender la que le corresponde hasta en tanto haya efectuado la contraparte la subsanación (acepte la reducción de precio, o se avenga a realizar la conducta apropiada para llevar a efecto la reparación o reposición, etc.).

En el caso, estamos ante una situación en la que los constatados incumplimientos por parte de los demandados en la fijación del espacio para garaje y en la asignación de los trasteros no podrían justificar la resolución, que tampoco se pide por ninguna de las partes, ni pueden justificar la suspensión de la prestación de pago del precio, una vez que se ha aceptado en la instancia que al otorgar la escritura deben ser simultáneamente señaladas plazas de garaje y trasteros de acuerdo con lo convenido.

Entiende en la sentencia el Alto Tribunal que ha de rectificarse el pronunciamiento de condena al pago del precio, más IVA e intereses legales desde la papeleta de conciliación, en el sentido de sostener la condena en cuanto al precio y al IVA, pero sin dar lugar al pronunciamiento sobre intereses, que sólo se generarán desde la fecha en que la parte obligada a la entrega de las viviendas, plazas de garaje y trasteros realice la entrega o la oferta de entrega (si la otra parte no la acepta injustificadamente) de lo convenido con arreglo a las condiciones pactadas.

La sentencia anotada es conforme con la reiterada doctrina del TS que afirma que la excepción de incumplimiento contractual ha podido ser opuesta con eficacia para suspender el pago hasta el momento en que se produzca la entrega en las condiciones pactadas, (Sentencias como las de 2 de julio [RJ 1994, 2222] y 2 de noviembre de 1994 [RJ 1994, 8364], entre otras).

La llamada *exceptio non adimplenti contractus* enerva la reclamación hasta en tanto no se realice la prestación de la contraparte, como cabe ver, entre otras, en las SSTS de 21 de marzo de 2001 (RJ 2001, 4748), 12 de julio de 1991 (RJ 1991, 1547), 17 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1165), aunque ciertamente en ocasiones se ha conectado a la facultad de resolver del artículo 1124 CC (Sentencia de 14 de julio de 2003 [RJ 2003, 4635]). (M. C. L. J.)

19. Posibilidad de solicitar la resolución del contrato de compraventa una vez reclamado extrajudicialmente el cumplimiento.—El artículo 1124 CC concede un derecho de opción que permite al perjudicado por el incumplimiento escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, en ambos casos, con indemnización de daños y perjuicios. No podrá, sin embargo, exigirse de manera simultánea el cumplimiento de la obligación y la resolución. No obstante, ello no impide que pueda plantearse

de manera alternativa, o que el perjudicado, pretendiendo en un primer momento el cumplimiento de forma extrajudicial, ante la actitud pasiva de la contraparte, opte finalmente por ejercitar la resolución ante los Tribunales (FJ 2.^º STS de 21 de febrero de 2008).

Possible control casacional de la determinación de los hechos reveladores del incumplimiento si se demuestra la irracionalidad de la deducción.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la cuestión referida al cumplimiento de las obligaciones es de carácter fáctico y sujeta, por tanto, a la apreciación de los juegadores de instancia, no pudiendo acceder a casación si no es a través de un motivo sobre error en la valoración de la prueba. No obstante, es posible verificar en casación la lógica de la inferencia si la deducción es absurda o contraria a las reglas del criterio humano. Es claro que la determinación del nexo lógico supone un juicio de valor que está reservado a los jueces de instancia y que se tiene que respetar en tanto no se acredite o demuestre su irrazonabilidad (FJ 3.^º) (**STS de 21 de febrero de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Mediante contrato celebrado en documento privado la parte demandada vende a la parte actora un local de negocio donde se hallaba ubicado un bar. La parte compradora abona en el acto parte del precio, fijándose un día concreto para el otorgamiento de escritura pública. Las partes contratantes acuerdan que en caso de que los vendedores no otorguen escritura pública en el plazo fijado, los compradores podrán resolver el contrato, debiendo abonar los vendedores, no sólo la suma percibida, sino también la cuantía de 5.000.000 pesetas, en concepto de cláusula penal.

Ante la incomparecencia de los vendedores en la fecha fijada para el otorgamiento de la escritura pública, los compradores les reclaman extrajudicialmente el cumplimiento del contrato. No obteniendo respuesta por su parte, los compradores interponen demanda solicitando la resolución del contrato privado de compraventa, además del abono de la cuantía entregada con sus intereses, el pago de la cuantía pactada en concepto de cláusula penal, más una indemnización por los daños y perjuicios que les han sido ocasionados.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y absuelve a los demandados. Los actores recurren en apelación y la Audiencia estima parcialmente el recurso, declarando resuelto el contrato de compraventa por incumplimiento de los vendedores. Contra dicha sentencia los demandados interponen recurso de casación.

NOTA.—La Sentencia que anotamos plantea dos cuestiones de especial interés: cómo debía interpretarse la opción que concede el artículo 1124 CC a la parte cumplidora; y si es posible la revisión en casación de aquellos hechos reveladores del incumplimiento, y, en caso afirmativo, mediante qué vía.

El artículo 1124 CC establece que «*la facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe*». Señala el precepto, en su párrafo segundo, que «*el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos*

casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible». Este precepto permite al contratante perjudicado escoger entre el cumplimiento o la resolución, con indemnización de daños y perjuicios en ambos casos, o pedir la resolución, incluso después de haber optado por el cumplimiento, aunque, -específica el precepto-, cuando éste resultare imposible. De ello puede extraerse que la formulación de la pretensión de resolución impide el ejercicio posterior de la acción de cumplimiento, salvo que en el pleito el demandante haya visto frustrada su pretensión resolutoria (SSTS de 9 de junio de 1997 [RJ 1997/4730], 17 de enero de 2000 [RJ 2000/67]).

En el caso de que se ejercite, en primer lugar, la pretensión de cumplimiento, el ejercicio de esta acción no produce efectos preclusivos completos, puesto que el Código permite pedir posteriormente la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento (Díez-Picazo, L., *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Madrid, 1996, p. 697). Ello conduce a la conclusión de que el ejercicio extrajudicial de la acción de cumplimiento en ningún caso es incompatible con el ejercicio posterior de la acción de resolución ante los Tribunales.

No obstante, en este supuesto se plantea el problema de si la cláusula resolutoria pactada por las partes en caso de incumplimiento de la parte vendedora hace devenir automáticamente la resolución o depende más bien de que el incumplimiento sea catalogado de grave, ya que en este caso podría además haberse solventado compeliendo el juez a la parte vendedora a otorgar la escritura pública, con base en el artículo 1279 CC, que en este caso, además, fue el motivo del ejercicio de la resolución por la parte cumplidora.

Es doctrina jurisprudencial reiterada que la mera y simple negativa del vendedor a otorgar escritura pública de venta cuando el contrato ya se ha cumplido por él mediante la entrega al comprador del inmueble (cosa que en el caso de la Sentencia que anotamos no sucede) no faculta al referido comprador para pedir la resolución de dicho contrato, sino que simplemente le da derecho a usar de la facultad que le concede el artículo 1279 CC, es decir, compeler en vía judicial al vendedor para que proceda a otorgar escritura pública (*Vid. STS de 29 de julio de 1999 [RJ 1999/6583]*). No obstante, esta doctrina es aplicable a los casos en que el vendedor haya cumplido con el resto de obligaciones, incluida la obligación de entrega. Debe entenderse, por tanto, que si el vendedor no cumple con los términos del contrato, y no sólo porque no haya otorgado escritura pública, sino porque no haya entregado el objeto del contrato, podrá ejercitarse por la parte cumplidora la acción de resolución.

Por otra parte, es importante destacar que la más reciente jurisprudencia revela un cambio de tendencia en relación al incumplimiento de la parte vendedora del plazo de entrega, puesto que no exige para que pueda obtenerse la resolución de un contrato por incumplimiento una «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento», sino que, conforme con la última doctrina jurisprudencial, el retraso imputable a la entidad vendedora, teniendo en cuenta el plazo pactado, el tiempo de demora y las circunstancias concurrentes, no sólo ha de ser imputado a la misma, sino que ha de ser con-

siderado como grave, y en consecuencia con categoría suficiente para ser constitutivo de causa de resolución (Sobre este particular, vid. la STS de 31 de mayo de 2007 [RJ 2007/4336].

El segundo aspecto de interés que plantea la Sentencia objeto de anotación es el relativo a si la apreciación del cumplimiento o incumplimiento por los tribunales de instancia puede ser revisable en casación. En principio, no parece discutible que la apreciación del cumplimiento o incumplimiento de un contrato es de la exclusiva incumbencia de los juegadores de instancia, cuya conclusión probatoria ha de ser mantenida en casación, siendo únicamente posible que la misma pueda ser desvirtuada por la vía del error de derecho en la valoración de la prueba (SSTS de 29 de julio de 1999 [RJ 1999/6583], 10 de julio de 2003 [RJ 2003/4339], 8 de junio de 2005 [RJ 2005/4429]), 5 de julio de 2006 [RJ 2006/5386]), entre otras). Sin embargo, cuando el proceso deductivo realizado por el tribunal de instancia sea ilógico, omita datos, tergiverse las conclusiones de forma ostensible, falsee arbitrariamente sus dictados o extraiga deducciones absurdas o irrationales es posible el control casacional. Ello tiene su fundamento en la idea de que las reglas de la sana crítica son las del raciocinio lógico (SSTS de 29 de abril de 2005 [RJ 2005/3647], 15 de noviembre de 2006 [RJ 2006/8058]).
(L. Z. G.)

20. Resolución de contrato por incumplimiento. Se produce por el mero hecho de no satisfacer el precio.—La doctrina jurisprudencial de esta Sala ha sufrido un cambio evolutivo progresivo en el sentido de abandonar el requisito subjetivista de la voluntad deliberadamente rebelde, sustituyéndole por el impago en el sentido objetivo, con lo que ya no se viene exigiendo una actitud dolosa del comprador para que la resolución por incumplimiento de pago puede tener lugar (Sentencias de 5 de junio de 1989 y 11 de marzo de 1991) que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde», bastando con que se frustre la finalidad económica de la relación, imputable al comprador o sucesores que resulten obligados, y no satisfacen el precio que se había acordado para la transmisión dominical. Esta doctrina se presenta acomodada a los tiempos actuales para las situaciones de incumplimiento contractuales, ya que frente al vendedor que cumple el comprador incumplidor desequilibra la relación contractual al incurrir en impago voluntario (sentencias de 21 de junio de 1990, 23 de abril de 1992, 9 de octubre de 1993, 22 de diciembre de 1993, 17 de mayo, 4 de julio y 10 de octubre de 1994, 16 de marzo, 2 de octubre y 29 de diciembre de 1995 y 7 de febrero de 1996, 23 de marzo de 1996, 24 de octubre de 1998 y 22 de febrero de 1999, entre otras muy numerosas. (STS de 3 de febrero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.— En fecha 31 de mayo de 1988, don Francisco H. V. y don Antonio H. F. vendieron un bien inmueble a Francisco G. G. en documento privado. En el contrato se pactaba que, tras una primera paga y señal, el 31 de diciembre de 1989 vencía el plazo concedido para el pago del precio aplazado. Transcurrido el mencionado plazo sin que la parte compradora pagara el precio, los vendedores promovieron acto de conciliación, que terminó sin

éxito. Don Francisco y don Antonio interpusieron demanda solicitando la resolución del contrato de compraventa ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Granada. El Juzgado desestimó la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia de Granada la revocó y declaró resuelto el contrato. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la parte compradora. (A. S. C.)

21. Facultad resolutoria ex. artículo 1124 CC. Efectos frente a los adquirentes de buena fe.—El motivo primero del recurso se estima porque el último párrafo del artículo 1124 establece que la resolución se produzca «sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria», y el artículo 1295.2 del CC contempla la posibilidad de que las cosas objeto del contrato se hallen en poder de terceras personas que no hubieren procedido de mala fe y, si bien, para esta hipótesis, dispone que no «tendrá lugar la rescisión», esta expresión es impropia, según las doctrinas científica y jurisprudencial, y sólo significa que se excluyen los efectos de la restitución a cargo del tercero de buena fe, como ocurre en la cuestión debatida, es decir, impide que pueda ejecutarse la rescisión, aunque, según señala el párrafo final del precepto, podrá reclamarse la indemnización de daños y perjuicios al causante de la lesión. Desde la posición recién indicada, esta Sala ha sentado que, en estos casos, se limita el alcance restitutorio de la resolución en cuanto que el contratante incumplidor deberá restituir el valor correspondiente (entre otras, SSTS de 6 de junio de 1995 y 16 de diciembre de 2002). (**STS de 2 de marzo de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.— Don Luis Alfonso T. P. vendió dos parcelas de terreno en sendos contratos a, por un lado, don Carmelo R. B. y don José M. L. y, por otro, a don Miguel G. F. y don Diego M. G. Ante la falta de pago por parte de los compradores, don Luis Alfonso interesó la resolución de ambos contratos de compraventa. Sin embargo, las parcelas objeto del contrato ya se encontraban en manos de terceros. Ante ello, interpuso demanda contra las distintas partes compradoras y los terceros adquirentes en la que solicitaba la resolución de los mencionados contratos con obligación de las partes demandadas de restituirle los bienes o, subsidiariamente, de indemnizarle por daños y perjuicios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vélez-Málaga estimó en parte la demanda en el sentido de condenar a los compradores demandados a indemnizar al actor en la cantidad que se fijara en ejecución de sentencia. Apelada la sentencia por parte de don Luis Alfonso, la Audiencia de Málaga la revocó pero sólo en el sentido de concretar la indemnización. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo acogió el mismo y, en consecuencia, declaró la resolución de los contratos de compraventa, pero con exclusión de los efectos de la restitución, puesto que consideró a los terceros adquirentes poseedores de buena fe. Respecto de la indemnización por daños y perjuicios, el Alto Tribunal mantuvo el pronunciamiento de la Audiencia. (A. S. C.)

22. Caso fortuito. Prueba.—La concurrencia de los requisitos para la aplicación del artículo 1105 CC, de imprevisibilidad e inevitabilidad exige una prueba cumplida y satisfactiva, incumbiendo la carga de la prueba a quien alega la existencia del caso fortuito o la fuerza mayor.

Fuerza mayor. Alcance.—La fuerza mayor ha de entenderse constituida por un acontecimiento surgido «a posteriori» de la convención que hace inútil todo esfuerzo diligente puesto en la consecución de lo contratado, debiendo concurrir en dicho acontecimiento la cualidad de ajenidad, en el sentido de que ha de ser del todo independiente de quien lo alega. No puede confundirse la ajenidad con aquellas circunstancias que tienen que ser asumidas y previstas por la parte contratante de quien depende el cumplimiento; y asimismo debe haber una total ausencia de culpa porque la culpa es incompatible con la fuerza mayor y el caso fortuito. La «fuerza mayor» ha de consistir en una fuerza superior a todo control y previsión y para ponderar su concurrencia habrá de estarse a la normal y razonable previsión que las circunstancias exijan adoptar en cada supuesto concreto, o inevitabilidad en una posibilidad de orden práctico. La jurisprudencia, en su versión casuística, insiste en la exigencia de haber obrado con la diligencia exigible por las circunstancias de cada caso (atención y cuidados requeridos; diligencia razonable), pues la fuerza mayor, como el caso fortuito, no procede ante un comportamiento negligente con suficiente aportación causal. (**STS de 18 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—En virtud de la relación contractual existente entre Ica, SA y Enrique, SA, la primera debía fabricar y suministrar, según pedido, a la segunda una mercancía consistente en piezas de espuma flexible de poliuretano para automoción ajustada a unos moldes proporcionados en calidad de depósito, por la segunda a la primera. A su vez, *Enrique, S. A.*, transmitía la mercancía a la entidad *Nissan Motor Iberica, S. A.*, en virtud de un contrato de «justo a tiempo» «just in time». El día 1 de diciembre de 1993 *Ica, S. A.*, comunica a *Enrique, S. A.*, que no puede atender al suministro por existir un conflicto laboral en la empresa, a consecuencia del cual los trabajadores impiden la salida de camiones con mercancía. En la misma fecha *Enrique, S. A.*, solicita de *Ica, S. A.*, la entrega de los moldes y troqueles de su propiedad para encargar la fabricación a otra empresa. Al día siguiente (2 de diciembre), *Ica, S. A.*, responde de que no es posible efectuar la entrega, a causa del conflicto laboral existente con los trabajadores que impiden la salida de los camiones, sin que haya visos de solución a corto plazo. El día 3 de diciembre, un representante de *Enrique, S. A.* (junto con los de otras empresas) se trasladó a la fábrica de *Ica, S. A.*, y requirió, con intervención notarial, a la persona que se encontraba en el local (que afirmó ser el que llevaba el Departamento Comercial de *Ica, S. A.*) para que de forma inmediata hiciera entrega de las piezas fabricadas para las entidades requirentes, hasta el momento, así como los moldes de inyección de poliuretano propiedad de las mismas, manifestando que para la recogida de dichos materiales disponían de un camión situado ante «*Ica, S. A.*», y en caso de negativa a dicha entrega que le refiriesen los motivos de la misma. Los moldes y troqueles no se devolvieron hasta el año 1995.

La entidad mercantil Ica, SA interpuso demanda frente a la también compañía mercantil *Enrique, S. A.*, en la que solicita la condena de la demandada al pago de la cantidad de 22.480.781 pesetas, con los intereses legales correspondientes por el impago de la mercancía consistente en espuma flexible de poliuretano suministrada entre los meses de agosto de 1993 hasta junio de 1994. *Enrique, S. A.*, formuló reconvención en la que solicitaba la condena de *Ica, S. A.*, al pago de las facturas de los moldes encargados por la reconviniente a terceros por un total de 22.278.993 pesetas y al pago de las facturas 13.257 y 13.256 por valor global de 1.163.721 pesetas que fueron pagadas por duplicado por *Enrique, S. A.*, y asimismo se pedía se determinen en ejecución de sentencia los daños y perjuicios, intereses y gastos ocasionados a *Enrique, SA* por el proceder de *Ica, S. A.*

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvención, condenando a la entidad demandada *Enrique, S. A.*, a pagar a la actora la cantidad de 22.480.781 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial estima parcialmente el recurso de apelación de *Enrique, S. A.*, y con parcial estimación de su reconvención condena a *Ica, SA* a abonarle la suma de 22.278.993 pesetas e intereses.

NOTA.—El objeto del debate en la sentencia anotada se circunscribe en casación a si existió fuerza mayor que impidió el cumplimiento por el fabricante-depositario de sus obligaciones, concretamente respecto de la restitución de los elementos moldes, troqueles y utilajes que tenía en depósito (arts. 1766 y 1774 del CC), y, por consiguiente, si resulta improcedente la indemnización de daños y perjuicios por ausencia de culpabilidad (arts. 1105 y 1101 del CC). La ratio decidendi de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial es que, al producirse el conflicto laboral con bastante anterioridad al momento de la situación de imposibilidad, la entidad *Ica, S. A.*, no adoptó, sin embargo, medida alguna tendente a su control.

Al igual que sucede en esta sentencia, en un asunto exactamente igual, en la perspectiva de la fuerza mayor, fue resuelto por la STS de 14 de marzo de 2001, (RJ 2001, 5977), en el sentido de estimar que no concurrió la situación de caso fortuito o fuerza mayor. Se refiere la resolución a un caso prácticamente idéntico: misma entidad (*Ica S. A.*) que no devuelve los moldes, el mismo conflicto laboral e incluso cabe indicar que una de las partes intervinientes en dicho proceso es una de las sociedades que en unión de *Enrique, S. A.*, formularon el requerimiento notarial de restitución inmediata de moldes del 3 de diciembre de 1993. Concretamente la sentencia señala que «*el suceso en cuestión ni era imprevisible, ni inevitable, pues para que se pueda aplicar el artículo 1105 del CC requiérese que se trate de un hecho que no hubiere podido preverse o que previsto fuera inevitable y en el supuesto traído ahora a la censura casacional ni el incumplimiento de la entrega de los moldes se debió tan sólo a la existencia de un conflicto laboral que impidiese tal lícita exigencia, ni tal conflicto fue imprevisible ni inevitable*». (M. C. L. J.)

23. Cláusula penal. Interpretación.—Existe una jurisprudencia muy asentada (*v. gr.*, SSTS de 8 de febrero de 1993, 12 de diciembre de 1996, 23 de mayo y 25 de noviembre de 1997) que declara que la cláusula penal, dado su carácter sancionador, debe ser objeto de interpretación restrictiva. Además, según la jurisprudencia, dicha interpretación corresponde a los tribunales de instancia y debe ser mantenida en casación, salvo en los casos en los que resulte ilógica, absurda o contraria a derecho (SSTS 23 de enero de 2004, 24 noviembre de 2005 y 8 marzo y 14 de septiembre de 2006). En el caso presente, dicha interpretación se ajusta a la literalidad de la cláusula en cuestión, sin extenderla a más de lo previsto por las partes.

Cláusula penal. Facultad del juez de moderar equitativamente la pena.—En numerosas ocasiones, el Tribunal Supremo ha declarado que, cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora de la pena que prevé el artículo 1154 CC. Según tiene declarado el Tribunal Supremo, la finalidad de este precepto no reside en permitir que el juez rebaje equitativamente una pena pactada que resulte ser excesivamente elevada, sino que sólo puede moderar dicha pena cuando las partes, al pactarla, pensaron en un incumplimiento total y no previeron un incumplimiento parcial o irregular de la obligación que es lo que sucede en el caso en cuestión. Por tanto, a la cláusula que ahora se enjuicia, pactada precisamente para el supuesto de retraso del deudor en el cumplimiento de la obligación, no es posible aplicarle la facultad moderadora del juez, y hay que estar a lo acordado por las partes.

Indemnización de daños y perjuicios. Procedencia.—Del tenor literal del artículo 1101 CC se deduce que, para que el incumplimiento causalmente imputable al deudor dé lugar a la indemnización de daños y perjuicios, no se requiere necesariamente que haya actuado con dolo o culpa —salvo previsión contractual específica en este sentido— bastando la situación de morosidad o la contravención del tenor de la obligación que no pueda quedar amparada en la previsión del artículo 1105 CC (caso fortuito o fuerza mayor). Además, teniendo en cuenta que la culpa o negligencia consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación, en el caso enjuiciado, el vendedor debería haber previsto que el expediente de dominio que inició podía no tener un resultado satisfactorio en el plazo de un año que se había señalado. (**STS de 20 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceler.]

HECHOS.—El 25 de mayo de 1992, se celebró el contrato de compraventa de una finca de 2000 m² de superficie por un precio de 16 millones pts. Se pactaron una serie de plazos para el pago del precio, el último de los cuales se realizaría una vez finalizado el expediente de dominio que el vendedor se comprometía a iniciar para inmatricular la finca a su nombre.

En la estipulación quinta del contrato se hacía constar que «si transcurrido un año desde la firma del presente contrato, el vendedor no hubiera conseguido escriturar a su favor la referida finca, exigirá el comprador un interés del 1,5% mensual del importe del dinero desembolsado hasta el momento (...) más los gastos que el comprador hubiese realizado como inversiones en la misma finca, entendiéndose: proyecto, licencias, excavación, construcciones, etc. Con un tope máximo de 30 millones de pts. »

El vendedor inició el expediente de dominio, que fue rechazado por el Juzgado de Primera Instancia al no considerarse justificado el dominio sobre la finca. El vendedor presentó recurso de apelación contra el auto de denegación.

Ante esta situación, el comprador, que ya había abonado 13 millones de pts., en concepto de parte del precio de la finca, presentó una demanda contra el vendedor exigiendo el pago de una cantidad de dinero que cubría los intereses mensuales correspondientes a la parte del precio satisfecha, más las inversiones realizadas para la construcción en la finca.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó al vendedor a pagar el interés mensual del 1,5% correspondiente al importe del precio desembolsado por el comprador desde el 25 de mayo de 1992 hasta el 25 de mayo de 1993, por los conceptos previstos en la cláusula 5.^a, sin que la cantidad resultante resultara ser superior a 30 millones de pts. Ambas partes interpusieron sendos recursos de apelación contra la sentencia, que fueron parcialmente estimados. La Audiencia Provincial revocó parcialmente la sentencia del Juzgado y condenó al demandado a abonar la cantidad resultante de aplicar el interés mensual del 1,5% a la cantidad de 30 millones de pts. desde el 25 de mayo de 1993 hasta la fecha en que la finca en cuestión resulte inmatriculada en el Registro de la Propiedad, sin que dicha cantidad supere los 16 millones pts. (precio fijado para la finca en el contrato de compraventa). Contra esta sentencia, el vendedor interpuso un recurso de casación en el que se alegaba, fundamentalmente, la incorrecta aplicación e interpretación de la cláusula penal prevista en el contrato. (L. P. S. M. P.)

24. Naturaleza del contrato de descuento.—Consta en autos que la entrega de las letras de cambio por don Joaquín R. a Banco de Madrid lo fue en virtud de un contrato de descuento «cuya esencia jurídica radica en la obligación que asume el descontatario de restituir al Banco descontante los importes descontados cuando no se abonan a las fechas de sus vencimientos por quien resulte obligado y deudor de los mismos, recuperando el Banco los anticipos dinerarios llevados a cabo, ya que se trata de cesión «pro solvendo» y no cesión «pro soluto», ya cuyo efecto resulta procedente la acción declarativa ejercitada (sentencias de 22 de noviembre de 1992, 25 de marzo y 24 de septiembre de 1993 y 21 de junio de 1996)» (sentencia de 2 de marzo de 2004).

Carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores.— Dice la sentencia de 8 de marzo de 2003 que para que prospere la acción rescisoria es necesario que se cumplan los requisitos exigidos en el CC, siendo uno de los más relevantes el establecido en el artículo 1294, al señalar que la acción rescisoria es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio. Carácter principal de este requisito, que la jurisprudencia ha puesto de manifiesto en las sentencias de 14 de octubre de 1987, 24 de noviembre de 1988, 25 de enero de 1989, 27 de octubre de 1989, 27 de mayo de 1992 y 5 de diciembre de 1994, señalándose en la de 24 de noviembre de 1988 «que uno de los requisitos esenciales para el éxito de la acción pauliana viene

constituido por la exigencia de que el acreedor carezca de otro recurso legal para obtener la reparación lo cual no ocurre en el caso de autos, toda vez que al no agotarse la vía de apremio en el juicio ejecutivo promovido por el Banco actor, no es dable estimar su imposibilidad para resarcirse del crédito». En la sentencia de 5 de diciembre de 1994, se dice de la misma forma que «la entidad bancaria no impulsó debidamente el juicio ejecutivo por él iniciado, no habiendo agotado la vía de apremio, lo cual no permite tener como probado la imposibilidad de la entidad bancaria para resarcirse de su crédito y por tanto falta la premisa fundamental de la acción rescisoria ejercitada, cual es la subsidiariedad». No se trata de imponer al acreedor una exhaustiva investigación de hallarse su deudor en posesión de bienes suficientes para atender su obligación, sino que habiendo admitido el banco la existencia de otros bienes en poder de su deudor, por la aceptación de la declaración hecha por éste, un mínimo deber de diligencia imponía a la actora recurrir a la casación para comprobar si tales bienes seguían en poder del deudor y, en caso afirmativo, si eran suficientes para satisfacer su crédito, antes de acudir al ejercicio de la acción rescisoria. En consecuencia, no puede estimarse cumplimiento acreditado por la actora la carencia de otro remedio legal para hacer efectivo su derecho de crédito y, por ello, han de ser admitidos el motivo primero, en los términos que resultan de lo dicho hasta ahora. (**STS de 22 de febrero de 2006; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.— Don Joaquín R. R. entregó al Banco de Madrid tres letras de cambio por importe total de cuatro millones de pesetas. La entrega se hizo en virtud de contrato de descuento, por lo que al resultar impagadas las letras a su presentación, su importe se cargó en la cuenta del descontatario. Posteriormente, el Banco de Madrid cedió el crédito que tenía contra don Joaquín al *Banco Español de Crédito, S. A.* Durante este período, don Joaquín y su esposa, doña Peña G. G., vendieron a su hija, doña Belén R. G., dos fincas en sendas escrituras públicas. El *Banco Español de Crédito, S. A.*, interpuso demanda en la que solicitaba la rescisión de los contratos de compraventa celebrados por fraude de acreedores. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Huelva estimó íntegramente la demanda. Apelada la sentencia, ésta fue confirmada por la Audiencia de Huelva. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo con base en el carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores. (A. S. C.)

25. *Dies a quo* en relación con el plazo de caducidad de la acción rescisoria ex. artículo 1299 CC.—El motivo plantea el tema de la caducidad de la acción rescisoria sobre el que esta Sala ya se ha pronunciado ante la laguna del artículo 1299 del CC en relación con el *dies a quo* de su transcurso. Según su doctrina, aunque la acción pueda ejercitarse desde el acto fraudulento, si se oculta por no inscribirse en el Registro de la Propiedad, el *dies a quo* es el de la inscripción en el mismo, salvo que se acredite que la víctima del fraude conoció con anterioridad de modo cabal y completo el acto impugnable (sentencias de 16 de febrero de 1993, 4 de septiembre de 1995 y 8 de marzo de 2003). Ciertamente, que el artículo 37 de la Ley Hipotecaria señala como *dies a quo* el de la enajenación fraudulenta, pero el pre-

cepto es protector exclusivamente del tercero hipotecario, sin que pueda extenderse a supuestos en que no exista esta figura (sentencia de 27 de enero de 2004).

Imposibilidad de interrupción del plazo de caducidad de la acción rescisoria.—La Audiencia estimó interrumpido tal plazo por la denuncia ante la jurisdicción penal que formuló la actora, reanudándose, una vez sobreseídas las diligencias penales en septiembre de 1993, lo que lleva a la sentencia recurrida, por aplicación del artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a declarar ejercitada en plazo legal la acción rescisoria. No comparte esta Sala tal criterio sobre la interrupción del plazo de caducidad, consecuentemente con su reiteradísima jurisprudencia según la cual aquél no es susceptible de interrupción (sentencias, entre otras, de 25 de septiembre de 1950, 22 de mayo de 1965, 14 de marzo de 1970 y 26 de junio de 1974). Por otra parte, la apertura de la vía penal por la actora por los hechos que fundamentan, a su juicio, la acción rescisoria, no le hubiera impedido acudir a la vía civil con anterioridad, dejando patente y clara su voluntad rescisoria del negocio fraudulento, situación que hubiese originado la suspensión del proceso por lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Otra cosa significaría dejar a la voluntad del titular de la acción rescisoria el comienzo del plazo, lo que es opuesto a su naturaleza y finalidad. (STS de 31 de enero de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.— Don José Luis S. R. y doña Manuela H. L. se separaron en el año 1988. En fecha 23 de junio de 1989, don José Luis vendió un apartamento, adquirido en 1973 con el carácter de ganancial, a don José María G. L., casado con doña Sara B. L. En fecha 2 de junio de 1994, doña Manuela demandó a don José Luis, don José María y doña Sara solicitando que se declarara la rescisión del contrato de compraventa por fraude a sus derechos, al considerar que el apartamento se había vendido sin su conocimiento ni consentimiento. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sueca desestimó la demanda al considerar caducada la acción rescisoria. Apelada la sentencia, la Audiencia de Valencia la revocó totalmente y declaró la rescisión de la compraventa. La Audiencia entendió que el plazo de caducidad estuvo interrumpido entre 1991 y 1993 al existir una causa penal por un presunto delito de fraude entre los cónyuges separados. Interpuesto recurso de casación por doña Sara, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, confirmando en todos sus extremos la sentencia de instancia. (A. S. C.)

26. Crédito refaccionario.—Procede recordar el concepto de crédito refaccionario: éste es el crédito que se contrae y se emplea en la construcción, conservación o reparación de un inmueble; no necesariamente el crédito deriva del contrato de préstamo; el acreedor ha ejecutado la propia obra del edificio y ha suministrado elementos integrantes al deudor. Así lo expresa la sentencia de 21 de julio de 2000 que recoge la doctrina jurisprudencial plasmada en las sentencias de 19 de abril de 1975, 5 de julio de 1990 y 9 de julio de 1993. En el presente caso, se llega a la conclusión de que el crédito que Pirsa tiene, como acreedor, frente a Punto Moda como deudor, que nace del contrato de obra que ambos celebraron y deriva de los elementos y la obra

que, en virtud de tal contrato, la primera ha ejercitado a favor de la segunda, la cual en parte no ha pagado, es un crédito refaccionario; Punto Moda ha recibido la obra ejecutada en el terreno que posee y tiene en arrendamiento (con opción de compra, es decir, leasing) y, como tal, es el dueño de la obra. Sin embargo, Bansander no es deudor, su relación jurídica no alcanza a Pirsa sino que habiendo adquirido un terreno y consumado el contrato de compraventa, entrega aquel terreno a Punto Moda en leasing inmobiliario, pero ninguna relación jurídica mantiene fuera de este contrato de arrendamiento con opción de compra.

Leasing-back.—En los contratos de leasing-back, tal como señala la sentencia de 22 de junio de 2001, existe una operación bilateral en la que la usuaria propietaria vende el objeto a la sociedad de leasing, que lo cede en arrendamiento a aquélla y, añade literalmente «en los contratos de lease-back desaparece la figura del tercero proveedor del bien y si bien se trata de un contrato lícito y válido, al amparo del artículo 1255 del CC, para registrarlo como tal se exige que haya mediado efectiva compra de la financiera a la arrendataria con la consiguiente tradición, aún en la forma simbólica de «solo consensu» (art. 1463 CC), pero, en todo caso, es necesario, y determinante dejar de poseer en concepto de dueño o como dueño, lo que no ocurre en el caso de autos, pues no se demostró de forma suficiente y convincente, -el contrato no lo refleja-, que hubiera mediado la necesaria compraventa previa o simultánea (Sentencias de 1-3-1988, 1-2, 17-3 y 20-11-1988 y 16 de mayo de 2000)». En el presente caso, Punto Moda no adquirió la propiedad de la finca sobre la que edificó, sino la poseyó como arrendataria.

Enriquecimiento injustificado. Subsidiariedad.—Las sentencias, entre otras, de 23 de marzo de 1992, 8 de junio de 1995, 7 de febrero de 1997 y 31 de octubre de 2001 destacan la idea de que los hechos, no ilícitos, que provoquen un enriquecimiento sin causa de una persona y el empobrecimiento de otra, dan lugar a la obligación de reparar el perjuicio; la esencia es, pues, la atribución patrimonial sin causa, por lo que el enriquecido sin causa debe restituir al empobrecido aquello en que se enriqueció y así lo expresan las recientes sentencias, entre otras muchas anteriores, de 31 de octubre de 2001 y 8 de julio de 2003. El caso presente no coincide con el del enriquecimiento injusto: los motivos se refieren a Bansander y la única relación de éste con la sociedad recurrente Pirsa es la de un previo contrato de compraventa que se perfeccionó y consumó, pero no aparece entre uno y otro ni siquiera atribución alguna, que permita pensar en enriquecimiento y empobrecimiento.

Además de no responder al concepto, tampoco el presente caso cumple un presupuesto del principio del enriquecimiento injusto, que es la subsidiariedad, en el sentido de que se aplica al caso cuando no hay norma legal -por ejemplo la que regula un contrato- que lo contemple y así lo han declarado, entre otras, las sentencias de 18 de diciembre de 1996 y, rotundamente, la de 19 de febrero de 1999. Lo que significa que si la Ley prevé una determinada acción, como la derivada de un contrato, no puede alegarse este principio general: así, sentencias de 19 de abril de 1990 (un caso de compraventa), 15 de diciembre de 1992 (relación jurídica derivada de un «convenio válido») 20 de abril de 1993 (una compraventa), 8 de junio de 1995 (contrato válido y eficaz).

Por último, conviene hacer notar que tanto la demanda como la mención que hace la sentencia se refieren a un hipotético supuesto, que se dejase de abonar el precio del arriendo o no se ejercitara la opción de compra. Lo cual es algo posible –ni siquiera probable- y no se puede llegar a una condena

basándose en un hipotético y posible supuesto. (**STS de 6 de febrero de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha 5 de abril de 1991, la empresa *Promotora Inmobiliaria Residencial San Martín, S. A.*, (en adelante, PIRSA) celebró un contrato de obra con la empresa *Punto Moda Leo, S. A.*, con el fin de construir un edificio industrial. El día 30 de julio de 1991, la contratista PIRSA vendió el terreno en el que se había proyectado realizar la construcción a *Bansander de Leasing, S. A.*, que, en la misma fecha, lo cedió mediante un contrato de leasing a *Punto Moda Leo, S. A.*. Asimismo, *Bansander de Leasing, S. A.*, se había comprometido a financiar la mencionada obra a la comitente, valorada en un importe de 300.506,05 € (50.000.000 pta.). La empresa PIRSA interpuso demanda en que solicitó que fuera declarado a su favor un crédito refaccionario frente a *Punto Moda Leo, S. A.*, y *Bansander de Leasing, S. A.*, como deudores solidarios. El Juzgado de Primera Instancia núm. 31 de Barcelona dictó sentencia el día 18 de septiembre de 1998 en que desestimó la demanda, al considerar que *Punto Moda Leo, S. A.*, no era dueña de la obra por no haber ejercido la opción de compra frente a *Bansander de Leasing, S. A.*, y que ésta sociedad no reunía la condición de deudora de la demandante. Recurrida la sentencia por la contratista, la Sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia el 19 de abril de 1999, en la que se desestimó el recurso con el mismo argumento y rechazó el carácter de crédito refaccionario. La contratista PIRSA recurrió en casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso en el único sentido de declarar su crédito refaccionario frente a *Punto Moda Leo, S. A.*, (J. M. B. S.)

27. Momento en que se produce la novación.—«La fecha a considerar para valorar la conducta procesal de la ejecutante, aquí demandada, no pudo ser anterior, sino posterior a la de la escritura de la que trae causa la novación. Propiamente, aquella en la que la misma se inscribió en el Registro de la Propiedad, al ser la inscripción condicionante de la perfección real del préstamo, además de requisito constitutivo del derecho real de garantía.»

Abuso de derecho en la interposición de acciones judiciales.—«La responsabilidad de quien daña a otro al instar un proceso judicial o alguna actuación procesal concreta encuentra su fundamento en la interdicción del abuso de derecho y, en el artículo 7.2 del CC.» «Aunque en algunas ocasiones esa responsabilidad fue tratada a la luz del artículo 1902 del CC, con lo que el debate se centró en el juicio de culpabilidad del actor y por ello en su diligencia como litigante, así como en el examen de la evitabilidad y previsibilidad del daño causado, es lo cierto que la argumentación del motivo tiene como punto de partida la afirmación de que actores y demandados extinguieron las obligaciones nacidas para los primeros de un contrato de fianza al dar vida a una obligación nueva.» (**STS de 6 de febrero de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrández Gabriel.]

HECHOS.—Don M. B. P y Don F. C. R. interpusieron demanda de juicio ordinario de mayor cuantía contra el Banco Español de Crédito S.A., solicitando la condena de éste último a pagar una

indemnización por los daños que los actores afirmaron haber sufrido a consecuencia de la actividad procesal desarrollada por aquél contra ellos. Alegaban los demandantes que dicha acreedora, al no resultar satisfecho oportunamente el crédito de que era titular, interpuso demanda de juicio ejecutivo en reclamación del cumplimiento de la obligación que los actores habían asumido como fiadores; y que no desistió de la pretensión deducida pese a haber pactado con ellos la extinción de la obligación afianzada mediante la creación de otra destinada a reemplazarla. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda por haberse probado que el Banco Español de Crédito S.A. interpuso demanda ejecutiva antes de que se hubiera perfeccionado el contrato al que los demandantes atribuyen los efectos novativos. Las pretensiones de los actores también fueron desestimadas en segunda instancia. Finalmente interpusieron recurso de casación en apoyo a los siguientes motivos: infracción del artículo 1204 del CC en relación con el artículo 1214 del CC; infracción del artículo 1281 del CC en relación con lo dispuesto en los artículos 1204 y 1156 del CC; e infracción del artículo 1902 CC. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (E.C.V.)

28. Compraventa de valores. Doctrina jurisprudencial sobre la improcedencia de declarar ineficaz la compraventa de acciones en las que la cotización no se correspondía con la verdadera situación patrimonial de la sociedad.—No cabe apreciar error ni dolo como causa de anulabilidad de los contratos fundada en el desconocimiento por los compradores de la verdadera situación del banco demandado pues aceptar semejante planteamiento equivaldría a declarar nula o anulable toda compraventa de acciones cuya cotización no se correspondiera en el momento de la operación con la verdadera situación patrimonial de la sociedad en ese mismo momento, algo que resulta incompatible con el funcionamiento del mercado de valores y que produciría el caos en forma de sucesivas nulidades retroactivas de las operaciones bursátiles cada vez que una compañía entrara en crisis (SSTS de 2 de noviembre de 2001, de 20 de diciembre de 2002 y de 16 de diciembre de 2005).

La causa en el contrato de compra de acciones: existe causa aunque se haya frustrado la consecución del lucro que se esperaba con el negocio.—El que no se llegue a lograr el lucro legítimo perseguido con el negocio no puede teñir retroactivamente de ilicitud a la causa lucrativa de la operación ni hacerla desaparecer por frustración de la finalidad última perseguida. No cabe confundir la causa del contrato como elemento esencial para su validez con el buen fin de la operación o consecución del lucro inicialmente proyectado, y menos todavía cuando éste dependía necesariamente de las fluctuaciones inherentes a los valores negociables en bolsa (SSTS de 28 de mayo y de 2 de noviembre de 2001).

La compra de divisas con fines especulativos queda fuera del ámbito protector de la normativa de consumidores y usuarios.—La operación que tiene carácter claramente especulativo, poco o nada tiene que ver con la defensa de los consumidores y usuarios, por lo que queda fuera ese ámbito protector. (STS de 14 de noviembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El 28 de diciembre de 1993, en virtud de una orden de compra, don Gerardo adquiere por conducto del Banco Español de Crédito 3.500 acciones de Banesto mediante el desembolso de 7.019.250 pesetas, financiadas por tres letras de cambio. El 2 de febrero de 1994 se procede por orden del mismo a la venta de las referidas acciones por 2.966.062 pesetas. De igual manera con fecha 4 de noviembre de 1994 don Gerardo ordenó a la entidad demandada que realizara una opción de compra de un millón de dólares verificándose por el Banco. Don Gerardo presenta demanda contra el Banco Español de Crédito instando la nulidad del contrato de compra de acciones y reclamando la diferencia entre la compra y venta de las 3.500 acciones (4.053.188 pesetas), más el pago de los gastos de descuento de la primitiva letra de cambio así como las renovaciones, también solicitó el abono de la cantidad de 7.000.000 de pesetas, como importe de la opción de compra del millón de dólares, más los correspondientes intereses. Tanto la sentencia de instancia como la dictada en apelación por la Audiencia Provincial de Las Palmas, desestimaron la demanda. Interpuesto recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (*C. O. M.*)

29. Compraventa. Embargo previo. Ausencia de bien litigioso.—Como señala la sentencia de 8 de septiembre de 1998, «la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que un bien es litigioso, desde la fecha del emplazamiento para contestar a la demanda (sentencias de 25 de enero de 1913 y 15 de febrero de 1965)»; esta caracterización de un bien o derecho como «litigioso» está haciendo referencia a la existencia de un procedimiento contencioso del que sea objeto el bien vendido, es decir, un proceso contencioso en el que exista controversia entre partes sobre la titularidad del bien, sobre la existencia o inexistencia sobre el mismo de cualquier derecho real o sobre alguna de las facultades que integran el contenido del derecho de propiedad; no tiene por tanto el carácter de bien litigioso el que ha sido objeto de embargo con la finalidad de atender con el producto de su venta a la extinción, total o parcial de un crédito ya declarado por sentencia firme. Esta conclusión está abonada, a través de una interpretación sistemática, por el artículo 1535, párrafo segundo —»se tendrá por litigioso un crédito desde que se conteste a la demanda»— así como por el artículo 1291.4.^º que declara rescindibles «los contratos que se refieren a cosas litigiosas», y respecto al cual la sentencia de 15 de febrero de 1965 señala que «tal fecha de emplazamiento, es la que determina de calificación procedente (se está refiriendo a la de «bien litigioso», aclaramos), con arreglo a nuestro Derecho histórico; cuyo precedente histórico ha sido recogido por esta Sala en sentencia de 25 de enero de 1913, que parece que fue la única vez que a su decisión se ha sometido esta cuestión, llenando por ese medio, la laguna del artículo 1291.4.^º del CC, que nada disponía sobre ello», y la sentencia de 31 de diciembre de 1997 señala entre los requisitos para la aplicación del citado artículo 1291.4.^º: «a) que el contrato haga mención a una cosa litigiosa, la cual se entiende desde la presentación de la demanda». Esta interpretación no queda desvirtuada por la sentencia de 2 de julio de 1976 que, por ser única en tal sentido, no constituye jurisprudencia.

Inexistencia de causa ilícita.—En otro sentido, atendido el carácter restrictivo con que han de ser interpretadas las prohibiciones del artículo 1459 del CC y la fundamentación dada por la doctrina a la contenida en su número 5.º, no puede estimarse que la compraventa sea nula. Se apoya la prohibición de que se trata en la existencia de una causa ilícita por razón de su inmoralidad; en el caso no puede hablarse de una causa ilícita en la compraventa ya que no se revela en la misma un ánimo defraudatorio de los derechos de tercero ni del vendedor. Anotado el embargo sobre el bien inmueble vendido en el Registro de la Propiedad a resultas del juicio ejecutivo número 1735/82, antes de la celebración del contrato de compraventa, no resultan afectados los derechos del acreedor ejecutante que obtuvo a su favor el embargo, ya que el bien se transmite con la carga en que consiste el embargo y que le sujeta a la ejecución, sin que la garantía del acreedor se vea afectada por la venta. (**STS de 28 de febrero de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.— El día 1 de octubre de 1986, don C.M.T. vendió un local comercial a doña E.B.B. Al parecer dicho inmueble había sido embargado con fecha 2 de mayo de 1983, como resulta de una anotación del Registro de la propiedad. Interpuesta demanda por parte del vendedor, con la que solicitó la declaración de nulidad de la compraventa por recaer sobre un bien litigioso, el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Torrent dictó sentencia el 2 de abril de 1997 en que estimó parcialmente la demanda y la reconvención interpuesta por la compradora, al declarar la nulidad del contrato y asimismo condenar a don C.M.T. a restituir una parte del precio satisfecho. La Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, mediante sentencia de 27 de noviembre de 1998, estimó el recurso interpuesto por doña E.B.B. y revocó la sentencia de primera instancia. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (*J. M. B. S.*)

30. Compraventa de inmueble. Rescisión por motivos urbanísticos.

Venta de parcela rústica con edificación que carece de licencia de obra y de primera ocupación.—Ha quedado acreditado que el demandado, conocedor de la ilegalidad de la edificación levantada sobre el terreno vendido —que él mismo calificó de vivienda-chalet al redactar el contrato- procedió a su venta sin advertencia alguna a la compradora que, además, sin duda, confiaba en la condición del demandado de apoderado de una empresa inmobiliaria; por lo que, en primer lugar, la aplicación al caso del artículo citado —con la facultad de «rescisión» que establece para la parte compradora— resulta clara en cuando el empleo del adverbio «expresamente» disipa cualquier duda sobre la posibilidad de una información llevada a cabo en forma tácita —como sostiene el recurrente que ha de entenderse efectuada— y, en segundo lugar, carece de sentido laapelación del demandado al hecho de que la aplicación de dicha norma «daría lugar a una enorme inseguridad en el tráfico jurídico inmobiliario, no conformado mayoritariamente por personas doctas en derecho urbanístico ni familiarizadas con los términos que el legislador utiliza al crear las normas jurídicas que le son de aplicación», como afirma textualmente al desarrollar el motivo, pues tal condición sería predi-

cable de la compradora pero no del vendedor como profesional que era en la intermediación inmobiliaria.

Conexión causal entre los dos contratos celebrados y declarados ineficaces.—La Audiencia recurrida no prescinde del elemento gramatical o literal en la interpretación de ambos contratos suscritos en fecha 15 de julio de 1995 (la compraventa celebrada entre don Emilio y doña Sonia, por un lado, y la celebrada entre doña Sonia y dona Lucía con don Emilio, por otro), sino que parte de la evidente conexión entre ambos para considerar que la ineficacia del primero ha de llevar consigo igualmente la del segundo, pues no se trata —como sostiene la parte recurrente— de dos contratos autónomos que merezcan una consideración aislada, sino que el segundo no se habría celebrado sin el primero. Así lo deduce acertadamente la Audiencia teniendo en cuenta el carácter coetáneo de ambos negocios motivado por la circunstancia de que doña Sonia carecía de metálico suficiente para abonar el precio del primero. En consecuencia, se han aplicado correctamente por la Audiencia las normas de hermenéutica contractual tras la averiguación de la intención de los contratantes que, lógicamente, se desprende de los actos coetáneos de los mismos al celebrar simultáneamente ambos negocios que han de ser interpretados en su conjunto.

El contratante que oculta conscientemente la inhabilidad del objeto no puede alegar el carácter inexcusable del error.—Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala, al interpretar lo dispuesto en el artículo 1266 del CC sobre los requisitos del error para que sea invalidante del consentimiento prestado, requiere no sólo que éste sea esencial, sino además que sea inexcusable; requisito que ha de ser apreciado en atención a las circunstancias del caso. La sentencia de 12 noviembre 2004, con cita de las de 14 y 18 febrero 1994, 6 noviembre 1996, 30 septiembre 1999 y 24 enero 2003, afirma que «para que el error invalide el consentimiento, se ha de tratar de error inexcusable, es decir aquél que no se pueda atribuir a negligencia de la parte que lo alega, ya que el error inexcusable no es susceptible de dar lugar a la nulidad solicitada por no afectar el consentimiento». Pero se ha de tener en cuenta que la exigencia del carácter inexcusable del error —que efectivamente se ha padecido— es una medida de protección para la otra parte contratante en cuanto pudiera ser perjudicial para sus intereses negociales una alegación posterior de haber sufrido error que lógicamente escapaba a sus previsiones por apartarse de los parámetros normales de precaución y diligencia en la conclusión de los negocios, pero en absoluto puede beneficiar a quien precisamente, como sucede en el caso, ha provocado conscientemente la equivocación de la otra parte al consignar como comprendida en el objeto de la venta una vivienda-chalet ocultando que se trataba de una construcción ilegal, no legalizable y, que, en consecuencia, impedía su uso como al no poder contar con servicios elementales para una adecuada habitabilidad. En suma no puede alegarse el carácter excusable del error padecido por la parte contraria cuando es fruto de la mala fe negocial de quien oculta conscientemente la inhabilidad del objeto del contrato faltando además al cumplimiento de una exigencia legalmente impuesta, como era en el caso la de hacer partícipe al comprador de las circunstancias urbanísticas del terreno y vivienda adquiridos según la exigencia del artículo 45 del T.R. de la Ley sobre Régimen Jurídico del Suelo y Ordenación Urbana. La sentencia de esta Sala de 4 enero 1982 ya estableció en este sentido que para valorar la inexcusabilidad del error «habrá que atender a las circunstancias de toda índole e incluso a las personales (análogamente a como lo hace el artículo 1484 in fine, para los

defectos de la cosa vendida), valorando las respectivas conductas según el principio de la buena fe (art. 1258), pues si el adquirente tiene el deber de informarse, el mismo principio de responsabilidad negocial le impone al enajenante el deber de informar. (**STS de 13 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una de las demandantes compró al demandado una parcela rústica con una edificación que acrecía de licencia de obra y de primera ocupación; y ese mismo día, las dos demandantes vendieron al vendedor de la parcela un trozo de tierra plantado de viña. Al conocer después que el inmueble adquirido era una parcelación ilegal en suelo no urbanizable que impedía obtener el suministro de energía eléctrica, las demandantes solicitaron que se declarase la rescisión de la primera compraventa y la nulidad por error de la segunda compraventa, que sólo se vendió porque se había comprado la primera. El demandado formuló reconvención solicitando que se declarase la eficacia y validez de los dos contratos. El juez de primera instancia desestimó la demanda y estimó la reconvención, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por las demandantes y estimó la demanda desestimando la reconvención. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

31. Resolución de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio. La reclamación de varias letras de cambio impagadas no supone la opción por el cumplimiento de la obligación.—Ya se declaró en Sentencia de esta Sala de 27 de diciembre de 2000 (recurso n.º 3638/1995), la ejecución de las letras de cambio no supone que el acreedor opte por el cumplimiento, exponiendo que como declaró la sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 1999 (recurso n.º 2558/1994) siguiendo la doctrina de sentencias anteriores, «no procede el argumento de que en este caso la vendedora de referencia optó por exigir el cumplimiento al promover los dos juicios ejecutivos, ya que estos tuvieron por objeto parte de las cambiales que integraban el precio y no la totalidad del mismo, ya que quedaban pendientes letras no atendidas, con lo que no se trata de ejercicio simultáneo de la facultad de resolver y la de exigir el cumplimiento de la obligación conforme al artículo 1124 (SS. de 1-2-1985, 8-5-1995, que cita las de 9-10-1981, 29-11-1989 y 14-2-1992). El ejercicio de la acción ejecutiva no representa la voluntad optante que se quiere atribuir, y la continuada actitud incumplidora del que recurre no impide la resolución y el planteamiento posterior del juicio declarativo, puntualizando la sentencia de 2 de febrero de 1995 que la existencia de varios procesos en reclamación del precio adeudado, lo que acredita es la decisión obstativa del obligado comprador a que se cumpliera la voluntad negocial por sus incumplimientos de pago en los plazos convenidos». Tal doctrina es de aplicación al presente supuesto, teniendo en cuenta, además, que el requerimiento de resolución fue posterior al desistimiento y consiguiente sobreseimiento de los juicios ejecutivos. Por otra parte, no se está en este procedimiento ante un supuesto de incompatibilidad en el planteamiento de la pretensión procesal, pues no se pide simultáneamente el cumplimiento y la resolución contractual, sino únicamente ésta.

No es principal o esencial la obligación del vendedor de elevar la compraventa a escritura pública.—La Sentencia de esta Sala de 29 de julio de 1999 (recurso n.º 133/1995), declaró que la mera y simple negativa de un vendedor a otorgar la escritura pública de venta, cuando el contrato (perfeccionado y perfectamente válido) ya ha sido cumplido por él (mediante la entrega al comprador del bien inmueble vendido), no faculta al comprador (que se encuentra ya, repetimos, en la posesión en concepto de dueño del bien inmueble que le ha sido vendido) para pedir la resolución de dicho contrato, sino que simplemente le da derecho a usar de la facultad que le concede el artículo 1279 del CC, o sea, compeler en vía judicial al vendedor para que proceda al otorgamiento de la expresada escritura pública, por lo que es acertado el razonamiento dado por la Sala de apelación. En el presente caso, ha de tenerse en cuenta que la parte recurrente no solicitó la ejecución de la sentencia de 26 de septiembre de 1988, antes referida, de modo que si no se ha otorgado la escritura pública también es debido a su propia inactividad.

El impago de más de la mitad del precio frustra el contenido económico del contrato y no puede verse justificado por una ligera diferencia en el cálculo de los intereses moratorios.—En el presente supuesto, la parte recurrente ha dejado de pagar desde el año 1986 más de la mitad del precio de las rentas, según se recoge en la sentencia de apelación, y tal incumplimiento sustancial no puede verse justificado por una ligera diferencia sobre el cálculo de los intereses moratorios, de modo que debió el comprador, ahora recurrente, hacer cuanto estuviera en su mano para atender el cumplimiento de su básica obligación de pago del precio, siendo correctas las razones dadas sobre tal aspecto por la Sala «*a quo*» en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia impugnada, en relación al mantenimiento por el comprador de una actitud contraria al cumplimiento de sus obligaciones que frustra el contenido económico del contrato, teniendo presente la Audiencia Provincial la doctrina de esta Sala, que, en las más recientes Sentencias, ni siquiera exige para la apreciación de una situación de incumplimiento resolutorio una patente voluntad rebelde, y tampoco una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, injustificado o producido por causa no imputable al que pide la resolución (Sentencias, entre otras, de 7 de mayo y 15 de julio de 2003). En suma, como se ha declarado en la reciente Sentencia de 20 de septiembre de 2006 (recurso n.º 3818/1999), «la jurisprudencia, ha abandonado hace tiempo las posiciones que, de una u otra forma, exigían una reiterada y demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales, o, en otros casos, una voluntad obstativa al cumplimiento, para afirmar en la actualidad que basta atender al dato objetivo de la falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato»—Sentencias de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004 y 3 de marzo de 2005, entre otras. (**STS de 5 de febrero de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La sociedad vendedora instó judicialmente la resolución de la compraventa de diversos inmuebles por falta de pago de la compradora, solicitando también la condena a dejar libres los inmuebles vendidos y la condena a la pérdida del 50 % de las cantidades que por cuenta del precio tenía ya abonadas la compradora. La demandada alegó que no procedía la acción resolutoria pues la vendedora había optado por la acción de cumplimiento al reclamar algunas letras de cambio impagadas y, además, también había

incumplido sus obligaciones; concretamente, la de elevar la compraventa a escritura pública y cargar unos intereses de demora indebidos, situados dos puntos por encima del pactado. El juez de primera instancia desestimó íntegramente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la demandante, declarando resueltas las compraventas, condenando a la demandada a dejar libres los inmuebles y a la pérdida del 50% de las cantidades que tenía entregadas, debiendo devolver el vendedor la otra mitad a la demandada. Presentado el recurso de casación por la compradora, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al mismo. (*L.F.R.S.*)

32. Compraventa de bienes inmuebles. No hay responsabilidad del vendedor cuando la aluminosis de la cosa vendida se debe a una fuerza mayor externa.—El artículo 1101 regula la acción de indemnización procedente del incumplimiento imputable de una obligación y no persigue el logro de la efectividad de la prestación, ni la finalización del vínculo obligacional, sino reequilibrar la economía del acreedor tras el daño patrimonial sufrido por causa del incumplimiento y, además, exige que la inobservancia sea imputable al deudor; y en este sentido, esta Sala ha declarado que los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1101 son la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa o negligencia o falta de diligencia del demandado y no a caso fortuito o causa mayor, la realidad de los perjuicios y el nexo causal eficiente entre aquella conducta y los daños producidos (STS de 3 de julio de 2001).

El cumplimiento defectuoso o inexacto de la prestación es la tercera de las modalidades de infracción obligacional, y para el mismo, en casos como el debatido, aparte de que deben tenerse en cuenta los preceptos que, con carácter particular, regulan situaciones de prestaciones defectuosas en materia de compraventa (artículos 1484 y siguientes del CC), es necesaria la presencia de la imputabilidad del deudor.

Esta Sala considera que «La Caixa» ha cumplido debidamente su prestación de entrega de la cosa vendida y, asimismo, que la causa de las patologías por aluminosis, que afectan al edificio de la dirección número 1 de Barcelona, construido en una época en que la utilización del cemento aluminoso no estaba prohibida legalmente, fue debida a fuerza mayor externa. (**SSTS de 14 de febrero de 2007**; recursos de casación 1169/2000 y 1310/2000; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—En dos sentencias diferentes de la misma fecha y del mismo magistrado ponente, el Tribunal Supremo resolvió dos recursos de casación planteados por diversos propietarios de fincas de un mismo edificio, que en ambos supuestos demandaron a la Caja de Ahorros vendedora en reclamación de una indemnización consistente en lo que deban abonar a la comunidad de propietarios con la finalidad de sufragar los costes de rehabilitación del edificio, afectado de aluminosis. En ambos procedimientos, el juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a la demandada a indemnizar a los demandantes en la cantidad que se determinase en ejecución de sentencia. En el primer procedimiento, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apela-

ción interpuesto por la demandada, condenándola a indemnizar a los demandantes en la suma equivalente al 70 % de lo que deban abonar a la comunidad de propietarios, mientras que en el segundo procedimiento, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación interpuesto por la demandada. En ambos casos, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y desestimó íntegramente la demanda, al considerar que la aluminosis de debía a una fuerza mayor externa. (*L. F. R. S. y M. C. B.*)

33. Contrato complejo de compraventa y arrendamiento de obra y servicios: incumplimiento contractual y no saneamiento por los defectos o gravámenes en la cosa vendida.—El artículo 1.490 del CC no resulta de aplicación, ya que la reconvención se proyecta a un defectuoso cumplimiento contractual imputable a la entidad demandante, al haber vendido e instalado las máquinas con defectos que las hacen impropias para el fin a que estaban destinadas, por lo que se autoriza la aplicación del artículo 1101 del CC, en relación al 1103 y 1104 del mismo Cuerpo legal, además estamos ante un vicio de calidad constitutivo de prestación defectuosa (Sentencias de 20-11-1991, 2 de abril de 1993 y 30 de junio 1997, determinante de incumplimiento contractual y consiguiente insatisfacción de la compradora (STS de 17 de febrero de 1994). (**STS de 7 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—La entidad mercantil actora vendió a la sociedad demandada cinco máquinas granalladoras, cuyo precio fue satisfecho, y, al tiempo, se obligó a su instalación y montaje para el adecuado funcionamiento de las mismas, así como, a suministrar los recambios y repuestos precisos, concretándose su reclamación al precio de estos últimos en cuanto resultaron impagados. Quedó probado que la demandada sufrió daños y perjuicios con causa en la deficiente instalación y funcionamiento de las máquinas, que motivaron la necesidad de reponer continuamente piezas. Estos daños fueron los reclamados por vía reconvencional.

El juzgado estimó sustancialmente la demanda y en parte la reconvenCIÓN, al condenar a la actora al pago de 15.415.824 pesetas. La audiencia confirmó la sentencia de primera instancia. El TS no da lugar al recurso de casación interpuesto por la entidad demandante. (*I. D.—L.*)

34. «La escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del artículo 633 CC».—«[...] la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación del inmueble que se dice encubría. Aunque se probase que hubo *animus donandi* del donante y *aceptación* por el donatario del desplazamiento patrimonial, lo evidente es que esos dos consentimientos no constan en la escritura pública sino en los autos. El artículo 633 CC cuando hace forma sustancial de la donación de inmuebles la escritura pública, no se refiere a cualquier escritura, sino a una específica en la que deben expresarse aquellos consentimientos, y ello es totalmente diferente de que se extraigan de los restos de una nulidad de la escritura de compraventa como resultado de una valoración de la prueba efectuada por el órgano judicial. En consecuencia, una escritura pública de

compraventa totalmente simulada no cumple los requisitos del artículo 633, pues el negocio disimulado de donación que se descubra no reúne para su validez y eficacia aquéllos» (FJ 1.º STS de 26 de febrero de 2007). (STS de 26 de febrero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—La parte actora, actuando como heredero de su fallecido hermano, interpone demanda, solicitando la nulidad de la escritura de compraventa de los dos inmuebles que reseñaba al considerar que su hermano otorgó la nuda propiedad al demandado, siendo ficticio el precio de la compraventa pactado. El demandado formula reconvenCIÓN, solicitando se declare la existencia de una donación disimulada bajo el contrato de compraventa, en la que concurren todos los requisitos para su eficacia y validez en cuanto donación disimulada. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron los pedimentos de la parte actora. Contra la Sentencia de la Audiencia se interpone recurso de casación. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos aborda la problemática relativa a la validez o no de la escritura pública de compraventa cuando estamos ante una donación disimulada. El Tribunal Supremo ha seguido al respecto dos líneas contrapuestas: una primera tendencia contraria a la validez de la donación encubierta, al considerar que la escritura pública de compraventa no vale para cumplir el requisito del artículo 633 CC, pues no es escritura pública de donación, en la que deben expresarse tanto la voluntad de donar como la aceptación del donatario; una segunda, a partir del 1980, favorable a la validez de la donación de inmuebles disimulada, ya que, si bajo el negocio simulado existe el disimulado, la forma de aquél será la propia de este último, y si es exigida por la ley para el tipo de negocio al que pertenece, cumple con el requisito formal correspondiente. A su vez, añade que cuando el Notario autoriza la escritura pública estaba en verdad autorizando un contrato de donación.

En la Sentencia que anotamos el Tribunal Supremo se refiere a la necesidad de resolver estos supuestos atendiendo a las circunstancias del caso; y, con base en este criterio, declara nulo el negocio disimulado porque considera que la escritura de compraventa no sirve para considerar válida la donación de inmuebles. Sin embargo, es tal la discrepancia sobre esta cuestión, que la Sentencia es objeto de un voto particular en la línea de considerar que en caso de simulación relativa, la compraventa en escritura pública simula una donación, la cual es válida porque concurren sus elementos: consentimiento, objeto causa y forma.

Esta misma problemática se aborda en una Sentencia muy próxima en el tiempo, concretamente, de fecha 11 de enero de 2007 [RJ 2007/1502], la cual resuelve en el mismo sentido que la Sentencia anotada, aunque existe también un voto particular, al que se adhieren varios Magistrados, y que resuelve a favor de la interpre-

tación flexible del artículo 633 CC, en el sentido de que la verdadera voluntad y finalidad perseguida por las partes era la de otorgarse una donación. En este mismo sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia mucho más reciente, de fecha 5 de mayo de 2008 [RJ 2008/4130], al considerar también que la escritura de compraventa no observa las formalidades requeridas de «*animus donandi*» del donante y aceptación por el donatario. Ello nos muestra que, aunque parecía superada la doctrina que seguía una interpretación más rígida del artículo 633 CC, sin embargo, la doctrina jurisprudencial más reciente parece inclinarse nuevamente por negar validez a la donación disimulada al no cumplir los requisitos que exige el citado precepto. (*L. Z. G.*)

35. Leasing.—La sentencia de 18 de mayo de 2005, recuerda que numerosas resoluciones de esta Sala han mantenido la diferenciación entre la compraventa de bienes muebles a plazos y el arrendamiento financiero con opción de compra; así la de 19 de julio de 1999, dice que «carente este contrato (se refiere al arrendamiento financiero) de una regulación jurídico privada, la jurisprudencia de esta Sala (sentencias de 10 de abril de 1981 y 18 de noviembre de 1983) ha puesto de relieve que se trata de un contrato jurídicamente distinto de la compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio ya se entienda que el leasing constituye un negocio mismo en el que se funde la cesión del uso y la opción de compra con causa única, ora se trate de un supuesto de conexión de contratos que deben ser reducidos a una unidad esencial, el parecer, mas autorizado, y desde luego mayoritario, lo conceptúa como un contrato complejo y atípico, gobernado por sus específicas estipulaciones y de contenido no uniforme, lo que lleva a concluir que si no se prueba la mediación de un acuerdo simulatorio en el que el leasing opere como negocio aparente para encubrir como realmente querida una compraventa a plazos, lo que permitiría la aplicación del artículo 2.º, párrafo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1965, habrá de ser excluida como ajena que es a la intención y querer de las partes y no venir estructurado el arrendamiento financiero o leasing como si fuera una compraventa de aquella modalidad, pues la finalidad económica perseguida por una y otra operación es distinta, y contrato, igualmente distinto, del préstamo de financiación a comprador regulado en el párrafo 2.º del artículo 3.º de la expresada Ley de 17 de julio de 1965, por tratarse en este caso de un simple préstamo con la única especialidad de ser el comprador de una cosa mueble corporal no consumible el prestatario, estar limitado, igualmente, el número máximo de plazos para satisfacerlo a lo que determine el Gobierno».

Dice asimismo esta sentencia que «lo que no puede mantenerse con carácter general es que el bajo valor residual denota que se trata de una compraventa»; en el mismo criterio abunda la sentencia de 30 de diciembre de 2003 según la cual «no es por tanto de recibo a efectos de desautorizar la naturaleza de la relación contractual que se discute, el hecho de que el valor residual que actuaba a efectos del ejercicio de la opción coincide exactamente con el importe de las cuotas mensuales fijadas para el arrendamiento, ya que la cuantía más o menos elevada, reducida y también coincidente para la opción de compra, no es por si suficiente para el pretendido cambio de calificación contractual y por ello no se está ante un negocio simulado, como

es la conclusión del Tribunal de instancia». (STS de 22 de febrero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.— Con el fin de alzar el embargo trabado sobre un vehículo, la empresa *B.B.V.Leasing, S. A.*, interpuso tercera de dominio contra por la Tesorería General de la Seguridad Social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de A Coruña dictó sentencia el día 14 de febrero de 1996, en que estimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de A Coruña dictó sentencia estimatoria con fecha 21 de enero de 1997, al considerar que con anterioridad la empresa *B.B.V.Leasing, S. A.*, no había arrendado con opción de compra el mencionado vehículo a don R.L.A. y doña J.R.V. sino que lo había vendido a plazos, «puesto que el precio establecido como opción no cumplía la función de un precio autónomo». El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de la empresa *B.B.V.Leasing, S. A.*, (J. M. B. S.)

36. Presunción *iuris tantum* de culpabilidad del arrendatario por los deterioros producidos en la finca arrendada.—«El artículo 1563 establece la responsabilidad del arrendatario para el caso de incumplimiento de esa obligación a causa de la pérdida de la cosa o por devolverla en peor estado del que la recibió. Entiende el legislador que, al estar la cosa en poder del arrendatario, su pérdida o deterioro es imputable, en principio, al mismo, si bien puede eximirse de responsabilidad probando que la pérdida o deterioro no es debido a culpa suya. Para apreciar si hay pérdida o deterioro de la cosa, hay que partir del estado en que se hallaba al momento de la entrega al arrendatario, teniendo en cuenta lo dispuesto al efecto en el artículo 1562 a cuyo comentario nos remitimos. El principio de responsabilidad del arrendatario es aplicación de los principios generales, en materia de contratación, concretamente, del artículo 1.183 al disponer que siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1096. Y con referencia concreta al incendio, la jurisprudencia establece que cuando el hecho determinante del daño se produce en un inmueble arrendado, el artículo 1563 del CC, en cuanto responsabiliza al arrendatario del deterioro o pérdida que tuviere la cosa arrendada, a no ser que pruebe haberse ocasionado sin culpa suya, viene a establecer una presunción *iuris tantum* de culpabilidad contra el arrendatario, que impone a éste la obligación de probar que actuó con toda la diligencia exigible para evitar la producción del evento dañoso (sentencias de esta Sala de 10 de marzo de 1971, y 7 de junio de 1988), cuya prueba no se ha producido en el caso aquí contemplado, a lo que ha de agregarse que no todo incendio es debido a caso fortuito y no basta a estimar tal carácter el siniestro producido por causas desconocidas (sentencias 26 de marzo de 1928, 30 de junio de 1952, 10 de marzo de 1971 y 9 de noviembre de 1993). (STS de 24 de enero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.— J.C.H. y L.P.G. celebraron un contrato de arrendamiento de vivienda con N.M.D. El día 11 de junio de 1992 se produjo un incendio que destruyó íntegramente la vivienda arrendada con todos sus muebles y enseres. Los arrendadores interpusie-

ron demanda contra la arrendataria solicitando que se la declarara responsable del incendio y que se la condenara a indemnizarles por los daños y perjuicios ocasionados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación declarando a la arrendataria responsable del incendio. La demandada interpuso recurso de casación alegando infracción de los artículos 1554 y 1563 del CC. El Tribunal Supremo desestimó el recurso. (R. T. B.)

37. Contrato de arrendamiento de local de negocio. Resolución por imposibilidad de destinar el local al fin previsto en el contrato.—La imposibilidad de utilizar el local arrendado para la actividad de negocio a la que se iba a dedicar, con arreglo a las cláusulas del contrato, es una causa suficiente que legitima para el ejercicio de la facultad resolutoria. Según las SSTS de 18 de junio de 2001 y 8 de noviembre de 2004, la entrega del local arrendado sin las condiciones necesarias para cumplir el destino pactado comporta un incumplimiento por el arrendador de la obligación de entrega prevista en el artículo 1554 CC, que faculta al arrendatario para el ejercicio de la resolución contemplada en el artículo 1556 CC.

Incumplimiento resolutorio. Fijación de los hechos e interpretación del contrato a efectos de determinar la existencia de incumplimiento.—La interpretación de las cláusulas de un contrato es una función propia del tribunal de instancia sólo revisable en casación cuando es contraria a la ley o resulta ilógica. En el caso en cuestión, la interpretación del contenido del contrato efectuada por el juzgador de instancia lleva a la conclusión de que el destino del negocio es la preparación de alimentos, y que dicha finalidad exige la incorporación de una chimenea extractora de humos, por lo que la negación al arrendatario de la autorización necesaria para su instalación impide cumplir el fin previsto con el contrato y legitima a este último para pedir la resolución del contrato.

Efectos de la resolución del contrato de arrendamiento. Devolución de las rentas satisfechas.—El Tribunal Supremo reconoce que no puede mantenerse con carácter absoluto la regla sobre los efectos recuperatorios *ex tunc* de la resolución del contrato. De hecho, cita la STS de 15 de julio de 2002, que declara que el incumplimiento frustra el fin del contrato, lo cual justifica la retroacción de la resolución pero, según puntualiza esta sentencia, si el contrato es de trato sucesivo, la resolución no priva de valor las prestaciones ya realizadas antes del incumplimiento si satisfacen el interés de la contraparte, por lo que la resolución opera sólo para el futuro. En el caso en cuestión, el Tribunal Supremo pone de relieve que el arrendador-recurrente se limitó a cuestionar la procedencia de la resolución, pero no argumentó sobre la eventual procedencia de retener las rentas satisfechas como consecuencia del carácter de trato sucesivo que tiene el contrato, por lo que, no se puede entrar a valorar esta cuestión en casación. Aún así, recuerda que la resolución se basa en la falta total de aprovechamiento del local por parte de la arrendataria, con lo que la resolución no sólo debería operar hacia el futuro. (STS de 22 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—C.G., S. A., firma con V.C.T., S. L., un contrato de traspaso del local que este último tiene alquilado de don R. (propie-

tario del local). *C.G., S. A.*, celebra un nuevo contrato de arrendamiento con don R. En la cláusula sexta del contrato de arrendamiento se establece que el objeto del arrendamiento del local es el «almacenamiento, conservación, distribución y venta de alimentos y bebidas, y la elaboración, preparación y cocinado de las susodichas bebidas y alimentos». En otra cláusula contractual se declara que *V.C.T., S. L.*, y R. afirman «que no existe circunstancia ni disposición alguna relativa a la división horizontal ni a la comunidad de vecinos que impida la apertura del local» con la actividad señalada; además, se establece que *V.C.T., S. L.*, y R. responden solidariamente frente a *C.G., S. A.*, de los daños que se le ocasiones como consecuencia de la inexactitud de la afirmación anterior.

En el contrato el arrendador declara que autoriza a *C.G., S. A.*, a realizar todas las obras necesarias para adecuar el local al uso al que se le destina. Cuando la sociedad arrendataria pide autorización a la comunidad de propietarios para instalar una chimenea para la extracción de humos y cumplir con ello con las exigencias de las normas municipales para este tipo de locales, ésta se la deniega, por lo que *C.G., S. A.*, no puede abrir el negocio al público.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda presentada por *C.G., S. A.*, en la que solicita la resolución de los contratos de traspaso y alquiler, y estima parcialmente la reconvenCIÓN presentada por don R. respecto al pago de los alquileres pendientes. La Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada por el Juzgado y dicta sentencia en la que estima la demanda y rechaza la reconvenCIÓN, pues considera que procede la resolución de ambos contratos ya que el local no puede ser utilizado para los fines previstos. Además condena solidariamente a *V.C.T., S. L.*: y a don R. a devolver las rentas percibidas y a indemnizar el valor de las obras realizadas en el local. R. interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia.

NOTA.—Esta sentencia se enmarca dentro de una tendencia, relativamente reciente, a utilizar como argumento en las decisiones judiciales la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG) y los Principios de Derecho Europeo de Contratos (PECL). Esta forma de motivar nuestras sentencias tiene un valor especial, puesto que pone en contacto la evolución que se ha producido en la forma de concebir el incumplimiento resolutorio en nuestro derecho con los criterios sobre incumplimiento resolutorio establecidos en los artículos 25 y 49 CISG y el artículo 8:103 PECL. (Más detalles sobre estas decisiones jurisprudenciales en los trabajos de Vendrel Cervantes, C., «The Application of the Principles of European Contract Law by Spanish Court», ZEuP, 3/2008, pp.534 a 548 y Perales Viscasillas, M.P., «Aplicación jurisprudencial de los Principios de Derecho Contractual Europeo», en Díaz Romero, Domínguez Lozano, García Grewe, Jerez Delgado, Pérez Álvarez, Rodríguez Guitián, Rodríguez Martínez, Varela Gil, (coords.), *Derecho privado europeo: estado actual y perspectivas de futuro. Jornadas en la Universidad Autónoma de Madrid, 13 y 14 de diciembre de 2007, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 453 a 500*). (L. P. S. M. P.)

38. Arrendamientos urbanos. Resolución del contrato por falta de pago de cantidades asimiladas a la renta. Pago por el arrendatario de las cantidades correspondientes al IBI. Interpretación teleológica de la norma.—Cuando la causa 1.^a del artículo 114 L.A.U. de 1964 se refiere a cantidades asimiladas a la renta, está aludiendo a aquéllas cuyo pago ha de asumir el arrendatario por mandato legal, empleando una fórmula abierta que ha de ser completada con las que en cada momento establezca la legislación aplicable. Si bajo la vigencia del T.R. de 1964 eran las correspondientes a diferencia en el coste de servicios y suministros y las derivadas de la repercusión del importe de las obras realizadas por el arrendador, ahora la consideración del texto de la nueva Ley lleva a estimar que esta nueva obligación del arrendatario de satisfacer el importe del IBI ha de merecer igual consideración, de forma que su impago faculta al arrendador para instar la resolución del contrato. El carácter periódico de la obligación de abono del IBI comporta su necesaria asimilación a estos efectos a la obligación, también periódica, de pago de la renta. La interpretación de las normas conforme a su espíritu y finalidad (art. 3 CC.) lleva también a considerar que la causa resolutoria del artículo 114 L.A.U. de 1964 ha de comprender actualmente el impago por parte del arrendatario el impuesto de bienes inmuebles, en tanto dicha norma tiende a proteger al arrendador frente a los incumplimientos del arrendatario respecto de obligaciones de inexcusable cumplimiento. Y carecería de sentido que, impuesta dicha obligación de pago del IBI para los contratos regidos tanto por la L.A.U. de 1994 como por la de 1964, su impago operase como causa de resolución para los primeros y no para los segundos, estos últimos amparados por un derecho de prórroga indefinido, en los que la máxima protección concedida al arrendatario ha de verse correspondida por un escrupuloso cumplimiento de sus obligaciones. (**STS de 12 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El actor instó juicio de desahucio por falta de pago de la renta y de las cantidades asimiladas, contra la inquilina de un piso cuyo arrendamiento estaba sometido a la L.A.U. de 1964. Entre otras cantidades, reclamaba el pago de los importes del IBI por diversos años. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y, sin dar lugar al desahucio, condenó a la locataria al abono de ciertas cantidades, entre las que se encontraba la del referido impuesto, pero sin entender que la falta de abono de dichos importes pudiera conllevar la resolución del contrato. La Audiencia Provincial de Santander estimó el recurso de apelación del actor y desestimó el de la demandada. En consecuencia, declaró resuelto el contrato y dio lugar al desahucio solicitado por el propietario por falta de pago de cantidades asimiladas a la renta, como era la del tributo mencionado. La demandada formuló recurso de casación al estimar que concurría interés casacional por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales sobre la consideración del impuesto sobre bienes inmuebles como cantidad asimilada a la renta a efectos de determinar su impago el éxito e la acción de desahucio. El Tribunal Supremo, sentando doctrina unificadora sobre la materia, no dio lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia recurrida. (*L. A. G. D.*)

39. Facultad del juez de moderar la indemnización establecida en el artículo 56 LAU.—«La jurisprudencia para evitar la notoria desproporción que se podría derivar de la aplicación rigurosa del precepto, y consiguiente enriquecimiento injusto, se inclinó por considerar correcta una prudente moderación (Ss., entre otras, 2 julio 1984, 15 junio 1993, 25 enero y 28 febrero 1996, 17 octubre 1998, 25 marzo 1999, 23 mayo 2001, 15 julio y 11 noviembre 2002 y 15 diciembre 2004 -éstas dos últimas como «obiter dictum»-). Para la aplicación de este criterio es preciso tener en cuenta las circunstancias de cada caso en la doble perspectiva del arrendador, cuyas legítimas expectativas contractuales no cabe frustrar, y del arrendatario, al que no cabe gravar con una consecuencia económica exagerada o desproporcionada cuando su comportamiento no es arbitrario y por eventos de la vida le resulta imposible o muy difícil continuar en la relación contractual. Y en tal línea de pensamiento procede valorar, entre otras varias posibles situaciones, la de que por el arrendador se haya podido explotar el local o concertar un nuevo arrendamiento en condiciones económicas satisfactorias, lo que convertiría la pretensión indemnizatoria cuantificada en todas las rentas frustradas del primer contrato, -es decir, las correspondientes al período entre el desalojo voluntario y la terminación del contrato-, en notoriamente desproporcionada, y por consiguiente abusiva (arts. 9.º, párrafo segundo, y 7.2 CC) y no conforme a las exigencias de la buena fe con que han de ejercitarse los derechos (arts. 9.º, párrafo primero, LAU 1964, 7.1 CC, 11 LOPJ y actualmente también 247 LECiv)». (STS de 3 de febrero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.— A.L.U. arrendó en fecha 17 de agosto de 1987 un local de negocio a M.M.S., fijando como fecha de finalización del contrato el 16 de agosto de 2012. En el mes de abril de 2004 el arrendatario resolvió unilateralmente el contrato y desalojó el local. El día 11 de julio de 1994 el hijo del arrendador empezó a explotar el local, y a partir de 19 de diciembre de 1994 el mismo fue alquilado a otra persona por un período de veinticinco años por una renta superior a la del contrato celebrado con M.M.S. Posteriormente, el arrendador interpuso demanda contra M.M.S. solicitando que se declarara la rescisión unilateral del contrato de arrendamiento y que se condenara al demandado a abonar en concepto de indemnización la cantidad correspondiente a las rentas del período de tiempo comprendido entre el mes de abril de 1994 y el 16 de agosto de 2012. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda condenando al demandado a abonar al actor la suma de 202.000 pesetas, correspondiente al período en que el local no fue explotado por nadie. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (R. T. B.)

40. Exclusión de un contrato del ámbito de aplicación la Ley de arrendamientos rústicos.—«El texto que integra la circunstancia tercera del artículo 7.1. de la Ley de Arrendamientos Rústicos no puede ser más explícito y terminante, puesto que se está refiriendo a fincas que tengan un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la comarca o zona a las de igual calidad o cultivo, cuyo superior valor es debido

a cualquier circunstancia ajena al destino agrario (STS de 22 de enero de 1998 y de 7 de octubre de 1999). El contraste entre el valor referido al destino agrario de la finca y el resultante de tener en cuenta los factores que el artículo 7.1 3.º contiene, no ha sido efectuado con fincas de la calidad o cultivos en la zona, sino con la propia finca de autos mediante dictámenes periciales efectuados desde esos diversos enfoques. Pero con ello se cumple, incluso con mayor rigor, con el espíritu del precepto, cuya finalidad no es otra que la de poder apreciar la incidencia económica, cuando es de entidad notable, causada en el valor de la finca por circunstancias sobrevenidas y externas a su propio destino natural; pues así, y sin mengua de la fiabilidad del resultado, se obvia la dificultad de establecer comparaciones con fincas cuya similitud, exigida por la Ley, puede ser en la práctica muy difícil de hallar; no es óbice a tal planteamiento la doctrina que emana de la Sentencia de 7 de abril de 1993, pues lo que la misma establece es que debe constar la magnitud del precio en relación con las no afectadas por las «circunstancias ajenas al destino», pero no el modo o la forma de llegar a tal conclusión. Y esta es la doctrina que establece la Sentencia de 18 de enero de 1999». (STS de 27 de enero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS. — C.R.E., titular de un arrendamiento rústico histórico, interpuso demanda contra los propietarios de la finca arrendada. La actora solicitó que se declarara su derecho a adquirir forzosamente la propiedad de la finca y que se condenara a los demandados a vendérsela previo pago del precio. Los demandados se opusieron a la demanda alegando la no aplicación de las normas de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos por tener la finca un valor superior al doble del precio que normalmente corresponde a una finca de la zona por una circunstancia ajena al destino agrario. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. La actora interpuso recurso de casación alegando la no aplicación del artículo 7.1 3.ª de la Ley de Arrendamientos Rústicos, por no haberse determinado el valor de la finca de acuerdo con este precepto. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación considerando que el valor de la finca había sido correctamente determinado por el informe pericial. (R. T. B.)

41. Ejercicio del derecho de retracto en arrendamientos rústicos. Necesidad de que se tenga conocimiento exacto y completo de la transmisión, y no necesariamente a través de notificación expresa y directa, para que comience el cómputo del plazo de ejercicio. — «En efecto; la jurisprudencia de esta Sala, en cuanto a las condiciones o requisitos de la notificación de la venta al arrendatario a efectos de ejercicio del derecho de retracto en arrendamientos rústicos, en los casos en que como el debatido no hubo una notificación expresa y directa, ha precisado que el plazo para el ejercicio del retracto es de 60 días hábiles a partir de la fecha en que, por cualquier medio, el arrendatario haya tenido conocimiento de la transmisión (art. 88), sin que ello se vea afectado por lo dispuesto en el artículo 91-2 respecto a que, en caso de no haberse cumplido «en forma» el requisito de la notificación previa, el retracto podrá ser ejercitado «durante el plazo de 60

días hábiles a partir de la notificación» de la escritura de enajenación; así es, en efecto, por cuanto el conocimiento exacto y completo por el arrendatario de la transmisión excluye la necesidad de una notificación posterior (STS 21 de marzo de 1996), y este conocimiento al que se supedita el ejercicio de la acción de retracto abarca no sólo al del hecho de la venta, sino también la noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, como precio, condiciones esenciales de la venta, modalidades de pago, etc. pues solamente en tal caso el titular del retracto puede disponer de elementos de juicio suficientes para decidir sobre la conveniencia o no de ejercitar la acción (STS de 14 de noviembre de 2002) [...]»; (STS de 13 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La parte demandante interpone demanda contra determinada mercantil, en la que suplica al Juzgado se declare haber lugar al retracto de una finca, condenándose al demandado a otorgar escritura pública de venta de la citada finca a su favor. La sociedad demandada se opone alegando que la acción ya había caducado. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda interpuesta, ya que a pesar de que la actora no había tenido conocimiento de la adjudicación de la finca litigiosa por vía de notificación expresa y directa, sin embargo, viene a reconocer en prueba de confesión que había tenido conocimiento de la misma por otra vía, puesto que otorgó poder para pleitos en nombre de su padre para poder personarse en el juicio ejecutivo. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto.

NOTA.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la falta de notificación expresa y directa de la venta al arrendatario a efectos de que éste ejerza el derecho de retracto en arrendamientos rústicos no impide que comience el cómputo del plazo de 60 días para su ejercicio, siempre y cuando el arrendatario tuviera conocimiento por cualquier otra vía de la transmisión producida, y de todos y cada uno de sus extremos (SSTS de 8 de junio de 1995 [RJ 1995/4909], 14 de noviembre de 2002 [RJ 2002/9919], entre otras). (L. Z. G.)

42. Contrato de obra.—El contrato celebrado por las partes fue el denominado en el CC (arts. 1542, 1544 y rúbrica del Cap. III, del Tít. VI, del Libro IV) arrendamiento de obra, aunque en la doctrina se prefiere denominarle contrato de obra o de ejecución de obra, el cual se distingue del de arrendamiento de servicios, según criterio que viene prevaleciendo en la doctrina jurisprudencial (SS. entre otras de 4 febrero 1950; 23 noviembre 1964; 10 junio 1975; 3 noviembre 1983; 14 junio 1989; 4 septiembre 1993; 12 julio 1994; 7 febrero y 17 octubre 1995; 30 enero, 17 marzo y 10 mayo 1997; 13 abril 1999; 8 octubre 2001; 24 octubre 2002 y 6 mayo 2004), por el objeto inmediato de la obligación del contratista -arrendador; empresario-, de modo que la esencialidad de la prestación no radica en el trabajo o actividad a desplegar, sino en su resultado. Y de la realización y perfección de este resultado -«opus consumatum et perfectum»: S. 7 febrero 1995- depende que el contratista haya o no cumplido, o lo haya hecho defectuosamente, pues la parte llamada contratista está obligada, como resalta la Sentencia de 30 de enero

de 1997, a realizar y entregar la obra y que ésta sea la prevista, correcta y adecuada, siendo ello determinante del derecho al pago o retribución.

Valoración del cumplimiento.—Con arreglo a la anterior doctrina jurisprudencial se requiere, por consiguiente, un resultado perfecto, pero sucede que la apreciación de este efecto jurídico es con frecuencia difícil por la parquedad normativa del CC, y porque el concepto de obra -como resultado- presenta diversas modalidades -elaboración de un dictamen técnico, confección de una prenda o de útiles varios, obra de arte, construcción, edificación, rehabilitación, reparación, etc.-que no son susceptibles de un tratamiento unitario, o al menos requieran importantes matices. La determinación de la perfección del cumplimiento debe ser valorada en relación con lo convenido, -deducible de las estipulaciones contractuales, presupuesto, proyecto, hoja de encargo, garantía suscrita, oferta del contratista, u otro elemento evidenciador-, pero cuando falta una previsión específica debe prestarse singular atención a las circunstancias del caso. La bondad del resultado no cabe superitarla sin más a la satisfacción del interés del acreedor del mismo, pues puede ser insatisfactorio para el comitente y, en cambio, ser ajustado a la consecuencia o efecto normal del trabajo efectuado y contratado. Lo relevante no es que el resultado coincida con la finalidad perseguida por el comitente, sino el correspondiente a la ejecución de obra que se contrató, pues aquel interés puede ir más allá de lo que es connatural o consecuencia de lo encargado o convenido. En el presente caso, la comitente conocía perfectamente las condiciones del tejado, las deficiencias que tenía, y lo que era necesario para que la reparación fuera efectiva. (**STS de 9 de enero de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.— La empresa *Gaube, S. A.*, encargó una obra de imprimación asfáltica de la superficie de una nave a las empresas *Dinex Producciones, S. A.*, y *Harrobi, S. A.*, por medio de la instalación de un material denominado «Bitu-Prene». Aunque las contratistas ejecutaron la obra correctamente, se produjeron unas filtraciones de agua debido al estado deficiente del tejado o cubierta de la nave, por lo que no se alcanzó la utilidad pretendida por la comitente. *Gaube, S. A.*, interpuso demanda en que solicitó que las empresas *Dinex Producciones, S. A.*, y *Harrobi, S. A.*, fueran condenadas a indemnizar el daño causado por el carácter defectuoso de la obra realizada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao desestimó la demanda, mediante sentencia de 4 de diciembre de 1996. Desestimado el recurso de apelación de la comitente por la sentencia de 9 de marzo de 1999 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Vizcaya, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

43. Responsabilidad por vicios de la construcción ex artículo 1591 CC: la legitimación pasiva del promotor para soportar la acción decenal.—En numerosas ocasiones el Tribunal Supremo ha incluido al promotor entre las personas responsables por los vicios de la construcción contemplados en el artículo 1591 CC (entre otras, las SSTS de 11, 17 y 28 de octubre de 1974, 1 de marzo de 1984, 12 de febrero de 2000, 13 de mayo y 14 de noviembre de 2002, 31 de enero de 2003, 6 de mayo de 2004, 7 de noviembre de 2005 y 16 de marzo de 2006). Por ello, es correcto afirmar que

el promotor está legitimado pasivamente para soportar la acción decenal del mencionado artículo por los vicios ruinógenos. El promotor está obligado a entregar lo construido en condiciones que sirvan para atender a su finalidad y es responsable de organizar y controlar el proceso constructivo y el comercial, pues en él revierten los beneficios de dicha actividad. A la hora de determinar la responsabilidad por los vicios de la construcción no hay que olvidar que el promotor realiza la obra en su beneficio, su actividad está destinada a la venta a terceros que suelen confiar en su prestigio comercial y que él es el encargado de seleccionar a los contratistas y técnicos.

Por todo ello, el hecho de que se depuren las concretas responsabilidades de los técnicos que intervienen directamente en la construcción por los defectos derivados de su actuación no impide que también pueda exigírsele al promotor la responsabilidad por la parte que le corresponda en el proceso constructivo. (**STS de 22 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Una Comunidad de Propietarios interpone demanda contra G. I. U. S. L. y sus administradores para solicitar que se condene a los demandados a efectuar las obras necesarias para la reparación de las viviendas afectadas por vicios de la construcción. Previamente los demandantes habían conseguido que las aseguradoras del arquitecto y del arquitecto técnico les indemnizaran.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda y absuelve a los administradores, cuestión que no fue objeto de recurso y que, por lo tanto, devino firme. Posteriormente, la Audiencia Provincial revoca la sentencia apelada y considera que la promotora debía responder como vendedora. La mercantil demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo.

NOTA.—En relación con las exigencias de calidad, seguridad y habitabilidad de los edificios han de tenerse en cuenta especialmente los artículos 5 a 15 del RD 314/2006, de 17 de marzo que contempla el Código Técnico de la Edificación (CTE), así como su modificación por el RD 1371/2007, de 19 de octubre. (S. E. M.)

44. Responsabilidad del arquitecto.—La función de superior dirección que corresponde al arquitecto implica, según doctrina jurisprudencial constante, la obligación de vigilar que la obra se desarrolle con arreglo al proyecto, y esta función de vigilancia incluye la de fiscalizar la adecuada ejecución de la obra, también en cuanto a los materiales empleados y a su adecuada colocación; responsabilidad de la que sólo puede eximirse haciendo constar en el libro de órdenes aquellos defectos que suponen una separación respecto del proyecto elaborado, y justificando haber ordenado y fiscalizado su corrección. En los supuestos de abandono o defectuosa realización de la función de vigilancia de la obra, únicamente cabe exonerar al arquitecto de las meras imperfecciones de la obra, por referirse a defectos poco importantes de ejecución o a defectos de materiales que no afectan a los elementos estructurales, pero no de los defectos que tienen trascendencia suficiente para ser considerados como susceptibles de ser corregidos mediante la función de dirección, por implicar una defectuosa ejecución del proyecto o tener la magnitud suficiente para afectar al conjunto de la obra. El arquitecto está obli-

gado a dejar constancia, en el libro de órdenes, de aquellas que haya impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos interviniéntes, que están sujetos a su estricto cumplimiento, de manera que no basta con reflejar las irregularidades que aprecie, sino que ha de comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales. (**STS de 22 de diciembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La sentencia del Juzgado de Primera Instancia condena al promotor, al constructor, al arquitecto y al arquitecto técnico a subsanar los defectos de las viviendas propiedad de los demandantes (que ejercitan su acción en virtud del artículo 1591 del CC); a indemnizar a uno de los particulares actores, a resarcir a todos los demandantes de los daños y perjuicios que deben determinarse en ejecución de sentencia y a pagar, por último, las costas. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el arquitecto superior (al que se opone el arquitecto técnico) basándose en que, en esencia, el director de la obra responde también de una falta de diligencia en la labor de alta dirección que la normativa legal le otorga; en que resulta probado que ni ejerce en momento alguno las funciones de alta dirección (que, en cambio, sí asume en el contrato), ni renuncia a ellas. También la sentencia fundamenta su decisión en que el arquitecto superior firma el certificado final de la obra y en que los defectos y modificaciones podían haberse evitado o corregido en el caso de que hubiera llevado a cabo sus funciones. El Tribunal Supremo declara que ha lugar al recurso de casación interpuesto por el arquitecto, considerando procedente limitar la condena del mismo a la reparación de los defectos consistentes en obras de acceso, aislamiento, impermeabilización, estanqueidad y ventilación del edificio. (Alma R. G.)

45. Vicios ruinógenos. Prescripción.—El motivo 1.º, relativo a la «prescripción extintiva de la acción», limitada a la dirigida contra los administradores, debe de ser desestimado, aunque no por los mismos criterios aducidos, en este aspecto, por las Sentencias de instancia, sino aplicando los correctos, y con ello poder seguir la doctrina jurisprudencial de ésta Sala, y así: 1.º, de partida no puede aceptarse que la responsabilidad por «culpa profesional», respecto a vicios ruinógenos de un edificio, y derivados de su construcción (art. 1591 CC), sobre la que aquí se acciona, sea una responsabilidad extracontractual, propia del artículo 1902 CC, o asimilable a ella, y a la que se aplique la prescripción de 1 año (art. 1968-2.º CC), tal como se ha discutido en el proceso, y sobre la que se han realizado los cómputos correspondientes, y de la que también parte este motivo del Recurso, pues, en todo caso, dicha responsabilidad deriva de una «culpa contractual», con otro plazo de prescripción, ya que la actora está unida a la Promotora por un contrato de compraventa (arts. 1445 y sigs. CC), y a la Constructora (sus Administradores, en su caso), Arquitectos y demás Técnicos, por el contrato de arrendamiento de obra (arts. 1544 y 1588 y sigs. del mismo Cuerpo legal); 2.º, según la conocida jurisprudencia, por conocida, de esta Sala, al ser muy repetida, la

prescripción de la acción de responsabilidad individual por deudas sociales de los Administradores de las Compañías Mercantiles, es la de cuatro años, del artículo 949 Código de Comercio, siendo el momento inicial de su cómputo aquél en que consta que los socios cesaron como tales, en 1989, y la demanda se presenta el 13-VII-92, por lo que tal prescripción no sería aquí aplicable; y 3.º, dicho plazo de prescripción se ha entendido aquí como aplicable a la repetida acción, cualquiera que sea la disposición legal vigente como aplicable a la responsabilidad social de que se trata, y es de determinación de oficio, como la legalmente correcta (aunque ni las partes, ni el Tribunal lo hayan hecho), al mantenerse los hechos a los que haya de aplicarse.

Responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima.—La verdadera discusión de este motivo, consiste en determinar si de estos hechos se deriva o no la responsabilidad aquí exigible, que ya, definitivamente (el final de las obras está fijado en el día 2 de junio de 1986, y la calificación definitiva, en 20 de junio de 1987, según la Sentencia del Juzgado: F.J. 2.º, ap. 13.º) no se plantea respecto a los arts. 133 y ss. LSA/1989, sino en cuanto a los 80 y 81 LSA de 17 de julio de 1951 (que la LRSL/1953 hace suyos a este tipo de Sociedades): no se trata propiamente de una acción, la ejercitada, aunque impropiamente se hable de ello, de «reconstrucción del patrimonio social», del artículo 80-4.º, que exigirá la existencia de una «amenaza grave» de los créditos de los acreedores, aquí no planteada, sino de la acción del 81, llamada de «indemnización que pueda corresponder.. a los terceros por actos de los administradores que lesionen directamente los intereses de aquélla»; la Sentencia recurrida para responsabilizar a los socios, parte de entender que la reducción drástica del capital social de la Promotora, responsable frente a aquéllos por las compraventas que les unen (de las que derivan las demás acciones de ejercicio directo, pero como derivadas de la procedente de tales contratos), y la desaparición de hecho de tal Promotora (sin que a ésta, y por tal responsabilidad, deban añadirse connotaciones sólo atinentes, en los vicios constructivos declarados, a la Constructora, como se repite), suponen esa «lesión directa» de los intereses de los acreedores, pues, por un lado, se trata de unos hechos, no tratados en forma legal, y atribuibles directamente a los administradores (la Promotora se disuelve, sin causa legal que conste, al finalizar, o próxima a su terminación, la obra), que lesionan indudablemente los referidos créditos (que perviven durante los 10 años de garantía, del art. 1591 por el que se acciona principalmente).

Responsabilidad solidaria de los agentes que intervienen en el proceso constructivo.—El último motivo, se refiere a la imputación de «solidaridad» en la responsabilidad entre los en definitiva condenados, respuesta jurisprudencial, de correcta justicia y equidad, para aquellos casos en que concurren varios responsables y no pueda determinarse el «quantum» de la satisfacción indemnizatoria a repartir entre ellos, de acuerdo con la importancia de sus respectivas conductas. El motivo, no obstante, va más bien dirigido a tratar de responsabilizar únicamente, o en la parte proporcional más importante, al Arquitecto, pues la Promotora (su socio derivadamente) entiende que el cambio efectuado de vigas y viguetas (de las realizadas «in situ», por las prefabricadas) causante de la «ruina constructiva», fue adoptado por un cambio parcial del Proyecto del Arquitecto. Esto no es así, y lo refiere claramente la Sentencia de autos, al decir que, aunque se tuvo que modificar el Proyecto a tal fin, en realidad fue aprobado el cambio, en su beneficio, por la Promotora y la Constructora. En definitiva, y en otro aspecto, se mantiene también la solidaridad en el «facere» en que consiste la condena,

del que se responsabiliza, en su ejecución, en esa forma, a todos los partícipes condenados, por imposibilidad de atribución de cuotas entre ellos, y por haber coadyuvado conjuntamente al daño producido. (**STS de 16 de diciembre de 2005**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—Tras constatar que el edificio llamado «Cala-Nyas» presentaba distintos defectos constructivos, la comunidad de propietarios interpuso demanda contra la promotora *Promociones Nyas, S. L.*, la constructora *Naves y Asfaltos, Empresa Constructora, S. L.*, los socios administradores de ambas empresas don F.L.F. y don F.M.C., el arquitecto don F.P.S. y el arquitecto técnico don A.L.M., en que reclamó indemnización del daño causado por vicios ruinógenos en la edificación. Al parecer, el edificio presentaba defectos estructurales que produjeron movimientos, deformaciones y grietas en distintos elementos constructivos, así como defectos debidos a los trabajos de ejecución de la obra realizados, como el levantamiento y rotura de baldosas. Asimismo, la empresa constructora había promovido un expediente de suspensión de pagos en una fecha cercana a la finalización de la obra y la promotora había reducido drásticamente su capital social. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Benidorm estimó la demanda parcialmente, mediante sentencia de 2 de noviembre de 1995, condenó solidariamente a las empresas promotora y constructora, los socios administradores y el arquitecto a ejecutar las correspondientes obras de reparación de los defectos y absolvío al arquitecto técnico. Interpuesto recurso de apelación por los socios administradores, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia desestimatoria el día 25 de febrero de 1999. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso. (J. M. B. S.)

46. Acción directa contra la Administración pública. Competencia de la jurisdicción civil.—La Sala sigue la doctrina que ya formuló la anterior sentencia de 12 de mayo de 1994, cuyo fundamento segundo dice literalmente: «La tesis del motivo parte de que el contrato de ejecución de obras concertado con el Estado por las dos empresas mencionadas, como principales y contratistas, reviste la condición de contrato administrativo, lo que no se discute, por resultar correcta tal calificación, conforme a los textos legales que se aportan. Ahora bien, los contratos que relacionan a los contratistas y la cadena de subcontratistas son de naturaleza indiscutible civil y la acción de reclamación contra el Estado, como comitente, es acción de naturaleza también civil, prevista en el artículo 1597 del Código, que se acumuló a la ejercitada contra los dos contratistas y subcontratista primero, por reunir los requisitos del precepto 156 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y por tanto corren idéntica suerte procesal, determinativa de la Jurisdicción competencial para su conocimiento, que excluye la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por no dirigirse única y exclusivamente contra el Estado, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala (sentencias de 2-2-2987, 10-11-1990, 17-2-1992, 28-4-1992-que refiere unas antiguas de 15-10-1976, 22-11 y 17-12-1985, 14-10-1986 y 2 de junio de 1993), que proclama la «vis atractiva» y preferencial de la Jurisdicción civil, toda vez que se trata de acceso al proceso, en la

condición de partes interpeladas, del Estado conjuntamente con personas jurídicas privadas, en vinculación relacionada de solidaridad contractual, determinante de la responsabilidad que surge por imperativo legal del referido precepto 1597 y convierte a los acreedores en titulares de una acción, que no es precisamente sustitutiva de la del contratista, sino que se sobrepone a la misma, para hacer valer su crédito por vía directa, mediante el logro de su satisfacción a cargo del comitente o dueño de la obra, en razón a que éste retiene sumas dinerarias y resulta deudor de las mismas al contratista o subcontratistas que generaron el débito reclamado por razón de los trabajos encargados y materiales que se aportaron».

Carga de la prueba.—El motivo tercero del recurso de casación, también formulado al amparo del número 4.^º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se articula por infracción del artículo 1214 del CC, relativo a la doctrina de la carga de la prueba y doctrina y jurisprudencia. Se basa en que la sentencia recurrida impone la carga de la prueba de la cantidad que éste (dueño de la obra) adeude a aquél (contratista), como dispone el artículo 1597 del CC no a la sociedad demandante, que es el subcontratista, sino al dueño de la obra, que es la Administración del Estado. El motivo se desestima porque la cantidad que se adeuda no la puede conocer el subcontratista y, al contrario, el dueño de la obra puede con toda facilidad acreditar, si es así, que nada adeuda. Es decir, se invierte la carga de la prueba por la simple razón de que, de no hacerse así, quedaría sin aplicación la acción directa del artículo 1597 del CC. Así lo ha entendido la reiterada jurisprudencia de esta Sala, desde que se le planteó este tema de forma directa: sentencias de 2 de julio de 1997, 6 de junio de 2000 y 18 de julio de 2002; esta última dice literalmente: «La jurisprudencia de esta Sala ha destacado que el hecho de existir deuda o haber sido ésta satisfecha es algo que puede probar el dueño de la obra, pero es imposible o muy difícil probar al subcontratista; en consecuencia, se ha reiterado que es el dueño de la obra quien debe probar que nada debe; así, las sentencias de 2 de julio de 1997 y 6 de junio de 2000 dicen: uno de los presupuestos de la presente acción directa que conforma el contenido de la misma es la cantidad que el dueño de la obra (o contratista anterior) deba al contratista (o subcontratista anterior). En principio, aplicando la doctrina de la carga de la prueba, si no se prueba, debería sufrir las consecuencias de la falta de la prueba el demandante que ejerce la acción directa. Pero a éste le puede ser imposible tal prueba, pues no conoce ni puede conocer las relaciones internas entre uno y otro; por el contrario, el demandado sí tiene en sus manos la sencilla prueba de lo que ha pagado o si ha pagado totalmente lo debido a su contratista y, por tanto, que no concurre tal presupuesto. En consecuencia, se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto». (STS de 16 de enero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.— La Administración del Estado encargó a la empresa *Dragados y Construcciones, S. A.*, una obra relacionada con la construcción de una carretera. Con fecha 6 de julio de 1993, la contratista subcontrató a la empresa *Migec Somafer Española, S. L.*, con el fin de realizar unos trabajos de perforación y voladuras. Con posterioridad, la obra fue paralizada más de seis meses, por lo que *Migec Somafer Española, S. L.*, interpuso demanda dirigida contra

Dragados y Construcciones, S. A., en que solicitó la resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en una de sus cláusulas, así como contra la Administración del Estado en ejercicio de la acción directa (art. 1597 CC). El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Valladolid dictó sentencia el día 23 de diciembre de 1997, que declaró resuelto el contrato, condenó a *Dragados y Construcciones, S. A.*, a pagar a la subcontratista el importe correspondiente a los trabajos realizados y a devolver la cantidad retenida como garantía y absolió a la Administración del Estado. La empresa *Migec Somafer Española, S. L.* recurrió en apelación. La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valladolid dictó sentencia estimatoria el día 25 de marzo de 1999 y condenó a la Administración del Estado a abonar a la subcontratista el importe por los conceptos mencionados, como deudor solidario. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos, respectivamente, por la contratista *Dragados y Construcciones, S. A.*, y la Administración del Estado. (J. M. B. S.)

47. Responsabilidad civil del Abogado: Doctrina general.—La responsabilidad contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato (SSTS de 28.01.98, 23.05. y 27.06.06, entre otras muchas); el cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias; en la relación del abogado con su cliente, si el primero de ellos incumple las obligaciones contratadas, o las que son consecuencia necesaria de su actividad profesional, estamos en presencia de una responsabilidad contractual, teniendo en cuenta que el deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis*, pero no implica una obligación de resultado, sino una obligación de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o una resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria (SSTS 14.07 y 14.12.05 y 30.12.06, entre otras). Esta Sala, no sin ciertas vacilaciones, tiene declarado que, cuando el daño por el que se exige responsabilidad civil consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño debe calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica, para valorar la procedencia de la acción de responsabilidad, el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada (pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades: SSTS de 26.01.99, 08.02.00, 08.04.03 y 30.05.06). El daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando hay una razonable certidumbre de la imposibilidad del resultado; la responsabilidad por pérdida de oportunidades exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idónea para realizarlas de 27.07.06).

Acción por culpa extracontractual prescrita: dudas sobre el *dies a quo*: lesiones por causa de accidente de circulación: persistencia de

secuelas.—El alta inicial emitida por el médico forense no registraba secuelas permanentes en la lesionada, sino que afirmaba que ésta había curado de sus lesiones, las cuales habían precisado únicamente de la primera asistencia y no habían requerido tratamiento médico, y las secuelas de dolor en la rodilla derecha no impedían su actividad y desaparecerían progresivamente sin requerir tratamiento curativo. De tales antecedentes se infiere que la aportación de posteriores informes médicos y psicológicos obtenidos por la recurrente trataba de demostrar la existencia de una evolución negativa de las secuelas que, de haber efectivamente persistido, únicamente hubiera podido determinarse en momentos muy posteriores; ahora bien, la desestimación de la demanda en primera instancia, fundada en la prescripción partía de considerar que no había existido dicha persistencia. En la sentencia de apelación, igualmente desestimatoria, se infiere que la prescripción se examina bajo la hipótesis de la existencia de un nexo de causalidad con el accidente de tráfico al que se imputaba la responsabilidad, incluso aunque se diera por bueno que tales padecimientos de alguna manera sean asociados o tengan por causa más o menos próxima el accidente en cuestión. De todo ello cabe deducir con alto grado de probabilidad que planeaba la duda razonable sobre la concurrencia del nexo causal entre el accidente y el trastorno psíquico alegado, y por ello aun cuando se hiciera abstracción de la excepción de prescripción, cabe inferir que la apreciación por parte del tribunal de que las secuelas no habían persistido, unida a las distintas argumentaciones en torno a su alcance y etiología, hubiera conducido a aceptar en último término la valoración efectuada por el primer informe forense y a denegar sustancial o totalmente la indemnización por secuelas reclamada.

Costas.—La imposición de costas en apelación procede según la ley cuando la sentencia es confirmatoria, aun cuando los argumentos utilizados por la Sala sean distintos a los esgrimidos por la recurrente (**STS de 26 de febrero 2007**; no ha lugar.) [Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

48. Contrato de mandato. Regla general de la revocabilidad. Mandato irrevocable. Requisitos: pacto expreso. Naturaleza causal del mandato irrevocable.—Constituye un principio tradicional, sentado ya por el derecho romano y recogido por el CC francés y la generalidad de los modernos, el que el mandato es revocable a voluntad del mandante, sin que el hecho de que se trate de un apoderamiento recíproco impida el ejercicio por cualquiera de los mandantes de tal facultad de revocación. Y ello porque la irrevocabilidad del mandato constituye una excepción a la regla general de revocabilidad. De modo que la irrevocabilidad del mandato será admisible cuando así se hubiese pactado expresamente con una finalidad concreta que responda a exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados no sólo el mandante o representado, sino también el mandatario o terceras personas, es decir, cuando el mandato es en definitiva, mero instrumento formal de una relación jurídica subyacente bilateral o plurilateral que le sirve de causa o razón de ser, y cuya ejecución o cumplimiento exige o aconseja la irrevocabilidad para evitar la frustración del fin perseguido por dicho contrato subyacente por la voluntad de uno de los interesados (SSTS de 24 de diciembre de 1993, de 26 de noviembre de 1991 y de 31 de octubre de 1987). (**STS de 17 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El actor interpuso demanda contra su esposa y sus dos hijos, instando la declaración de inexistencia de diversos negocios jurídicos, consistentes en la donación de un local comercial de la propiedad privativa del demandante, así como en la venta de dos pisos pertenecientes a la sociedad de gananciales del matrimonio; transmisiones que habían tenido lugar a favor de los hijos demandados y que había llevado a cabo la esposa amparándose en un poder general otorgado tiempo atrás, que luego habría sido revocado. La demandada opuso el desconocimiento de la revocación al tiempo de llevar a cabo las operaciones impugnadas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, condenando a los demandados a la devolución de los bienes y a la cancelación de las inscripciones registrales correspondientes. Los condenados interpusieron recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Madrid. Igualmente interpusieron recurso de casación, alegando entre otras cosas la irrevocabilidad del mandato conferido, al tratarse de un mandato recíproco. El Tribunal Supremo rechazó el motivo por constituir una cuestión nueva que no había sido sometida a debate en la instancia. Con rechazo de los demás motivos, el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. A. G. D.)

49. Apoderamiento para actos de disposición. Necesidad de carácter expreso y especial.—El apoderamiento no puede ser entendido como un consentimiento de presente a cualquier acto de disposición de bienes que se le ocurra al apoderado, lo que es coherente con la línea jurisprudencial que exige para los actos de riguroso dominio no sólo el carácter expreso, sino además el carácter especial (SSTS de 1 de marzo de 1990, de 3 de noviembre de 1997 y de 6 de marzo de 2001).

Contrato de vitalicio. Nulidad del contrato consistente en recepción de alimentos y atenciones a cambio de la cesión *post mortem* de los bienes del alimentista.—El contrato de vitalicio consistente en la prestación de asistencia y alimentos a cambio de ser instituido heredero de los bienes del alimentista integra un pacto sobre herencia futura, prohibido por el artículo 1.271,2 CC, en la medida en que quede sujeto el alimentista y vinculado en la designación de heredero. Pues el alimentista, en función de tal convenio habría de quedar trabado por la designación de sucesor *mortis causa*, y ello llevaría el pacto a la nulidad, toda vez que el sentido del precepto se encuentra en «evitar sujetaciones insuperables de los bienes constitutivos de la herencia que vinculen al testador» (SSTS de 29 de octubre de 1960 y de 1 de diciembre de 1955). Esta ineficacia habría de ser entendida como inexistencia, dentro las nulidades radicales, como se desprende del artículo 1.261 CC; y debería poder ser declarada de oficio.

Enriquecimiento injusto. Atribuciones patrimoniales originadas en la ejecución de un contrato nulo. Apreciación de oficio.—Los demandados convincentes ejercen una pretensión de restitución del enriquecimiento sin causa que constituye un claro caso de *condictio* de prestación, que ha sido delineada como la pretensión de restitución de un aumento patrimonial que tiene su fundamento en una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio. El autor de la prestación ha realizado determinados desplazamientos patrimoniales para cumplimiento de

una obligación negocial. La frustración de la relación priva de causa a los desplazamientos patrimoniales y determina la necesidad de restitución. En este campo se encuentran las prestaciones derivadas de un contrato nulo o de un contrato anulado. Por razones históricas la mayor parte de los casos quedan embebidos en las reglas de restitución de los artículos 1.303 a 1.308 CC. La obligación de restitución nace de la ley, por lo cual no requiere petición expresa y puede ser apreciada de oficio por el juez. En el caso de autos ha de ser objeto de restitución también las expensas e inversiones realizadas en atenciones y cuidados al beneficiario de los alimentos durante el tiempo de la convivencia. (STS de 8 de enero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penades.]

HECHOS.—El actor, don B. pasó a vivir con la familia H., cediéndole la administración de sus bienes y otorgando testamento a favor de sus miembros, instituyéndoles herederos universales. Tiempo después el Sr. B otorgó apoderamiento, a favor del cabeza de familia, con facultades de gestión; y días después otorgó un segundo poder, a favor del mismo sujeto, en el que le confería licencia para autocontratar, así como facultades de administración y disposición. El apoderado utilizó este segundo poder para otorgar escritura notarial de constitución de contrato de vitalicio, por la que cedía los bienes del representado a su propio favor, así como al de su esposa e hijos. Poco tiempo después el Sr. B. abandona la casa de la familia H. e interpuso demanda pidiendo la declaración de nulidad del mencionado contrato de vitalicio en el que el demandado había actuado a la vez como cedente y cesionario. La familia demandada formuló reconvención solicitando el reintegro de las cantidades invertidas en la atención y mantenimiento del Sr. B. El Juzgado de Primera Instancia declaró la nulidad del contrato de vitalicio al estimar la existencia de abuso de poder y la actuación contraria a la buena fe. Y desestimó la reconvención al considerar que, no obstante la realización de determinados gastos, los demandados-reconvinientes habían tenido la administración de todos los bienes e ingresos del Sr. B. La Audiencia Provincial de Pontevedra desestimó el recurso de apelación de los demandados. El Tribunal Supremo acogió el recurso de casación en lo relativo al reintegro a los demandados de las cantidades invertidas en la atención del actor. (L. A. G. D.)

50. Contrato de «vitalicio».—«[...] no es una modalidad de renta vitalicia, regulada en los artículos 1802 y 1805 del CC, sino un contrato autónomo, innombrado y atípico, susceptible de las variedades propias de su naturaleza y finalidad, regido por las cláusulas, pactos y condiciones incorporadas al mismo en cuanto no sean contrarias a la ley, la moral y el orden público «artículo 1255 del CC», y al que son aplicables las normas generales de las obligaciones» (FJ 2.º) (STS de 27 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Se otorga escritura pública de cesión de bienes mediante la cual un matrimonio recibe las fincas descritas en la escritura, obligándose a abonar una renta vitalicia, cuya cuantía

debía ser incrementada en un 10% los sucesivos años. A su vez, el matrimonio se obliga a prestar a la otra parte del contrato sustento, habitación, vestido y asistencia médica, según su posición social. El matrimonio incumple el contrato, puesto que desde el otorgamiento de la escritura pública no ha pagado pensión alguna. El matrimonio es demandado, y el Juzgado de Primera Instancia le condena al abono de la pensión acordada. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial, considerando que existía incumplimiento por parte de los cessionarios, declaró resuelto el contrato, con base en lo dispuesto en el artículo 1124 CC. Los demandados interponen recurso de casación al considerar que, al tratarse de un contrato unilateral, no resultaba de aplicación al caso el artículo 1124. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—El contrato denominado «de vitalicio», tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, no posee una naturaleza asimilable a la renta vitalicia, puesto que mezcla obligaciones propias de los alimentos y otras atenciones, junto con las propias de la renta vitalicia. Se trata, por tanto, de un contrato atípico, al que resulta de aplicación, según reiterada doctrina jurisprudencial, las cláusulas contractuales contenidas en él, siempre que no sean contrarias a la ley, a la moral y al orden público, y las normas generales de las obligaciones (SSTS de 17 de julio de 1998 [RJ 1998/6602], 9 de julio de 2002 [RJ 2002/5904], 1 de julio de 2003 [RJ 2003/4321], entre otras).

A partir de la modificación introducida en el CC, mediante Ley de 18 de noviembre de 2003, estas situaciones aparecen ya reguladas bajo la denominación de «Contrato de alimentos». Señala el artículo 1791 CC que «*Por el contrato de alimentos una de las partes se obliga a proporcionar vivienda, manutención y asistencia de todo tipo a una persona durante su vida, a cambio de la transmisión de un capital en cualquier clase de bienes y derechos*». Bajo esta regulación encontramos también el régimen relativo al incumplimiento. Señala el artículo 1795 CC que en los casos de incumplimiento de la obligación de alimentos, el alimentista podrá exigir el cumplimiento, incluyendo el abono de los devengados con anterioridad a la demanda, o la resolución del contrato, con aplicación en ambos casos de las reglas generales de las obligaciones recíprocas. (L. Z. G.)

51. Sociedad civil. Extinción.—Tanto la doctrina como la jurisprudencia han interpretado el artículo 1.700 del CC, y la definición del capítulo III del título VIII que reza «De los modos de extinguirse la Sociedad» en el sentido que, pese a la dicción de los mismos, se ha de entender que la extinción propiamente tal de la sociedad no se produce sino hasta el momento en que se han realizado todas las operaciones necesarias para aislar a la sociedad del tráfico en que se hallaba inserta y, por ello, dentro del proceso extintivo de la sociedad, se han de diferenciar tres momentos principales: la disolución que consiste en la concurrencia de una causa que determina la apertura de la liquidación; la liquidación que es el proceso a través del cual se libera a los socios y al patrimonio social de los vínculos contraídos con motivo de la

sociedad; y la extinción en sentido estricto, que se produce al cierre de la liquidación con la distribución del remanente, si lo hubiere, entre los socios. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia (sentencias de 24 de octubre de 1975, y la de 6 de marzo de 1984, ambas citadas por el recurrente en el acto de la vista). (**STS de 31 de enero de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.— Don J.I.A. solicitó la ejecución de una sentencia que había declarado la extinción de una sociedad civil denominada *Tapicerías Iragui*. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Guernica dictó auto el 23 de enero de 1997, en que estimó la demanda y acordó que el periodo de rendición de cuentas comprendía desde el año 1972 hasta el 1986. Tras ser estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por don J.I.A., el auto dictado el 23 de marzo de 1999 por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya extendió el periodo de rendición de cuentas hasta el 31 de diciembre de 1994, por lo que las cantidades a pagar por parte de los demás socios demandados por la participación del demandante en la sociedad, así como en concepto de valor del negocio, resultaron sustancialmente superiores. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso de casación de don J.L.A.O., uno de los socios. (*J. M. B. S.*)

52. Sociedad irregular. Relación interna entre sus miembros: aplicación de las reglas de la sociedad y no de la comunidad de bienes. Distinción entre sociedad civil y sociedad mercantil irregular. Determinación por razón de la materia: tiene naturaleza mercantil cuando se dedica a la realización de actos de comercio. Disolución y liquidación: aplicación de las normas del Código de comercio sobre sociedades colectivas.—No cabe estimar existente entre las partes una mera comunidad de bienes, pues el inmueble era destinado a la explotación conjunta de un negocio de ferretería. En cuanto a la naturaleza de esta sociedad, no cabe considerarla de carácter civil dada su dedicación a una actividad comercial. En la jurisprudencia se impone la tesis que distingue las sociedades civiles y las mercantiles atendiendo al criterio de la materia, de manera que serán mercantiles las sociedades constituidas para la realización de actos de comercio, y civiles cuando no concurre tal circunstancia. Desde el momento en que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de una sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones que la sociedad había de desarrollar, con lo que se viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad (STS de 11 de octubre de 2002). Igualmente, se admite la existencia de sociedad irregular mercantil concertada en documento privado y aun de forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a las colectivas, con aplicación de la normativa específica del Código de comercio (STS de 20 de febrero de 1988 y R.D.G.R.N. de 28 de junio de 1985). (**STS de 20 de noviembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los actores don E. y doña A. demandaron a doña L., viuda de don C.A., y a los hijos de estos últimos, don J. y don R., en ejercicio de una acción de división de cosa común, pidiendo la disolución de la comunidad existente sobre un inmueble propiedad de los actores y del fallecido don C.A. Los demandados se opusieron y reconvinieron, alegando la existencia de una sociedad entre el fallecido y los demandantes, a la que pertenecía el inmueble, así como el negocio de ferretería regentado por don E., y otras explotaciones económicas que eran gestionadas por don C.A. De manera que pidieron la disolución de dicha sociedad y la liquidación del patrimonio social entre las partes. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, y declaró extinguida la comunidad de bienes pero sólo sobre una de las plantas del inmueble. Asimismo estimó parcialmente la reconvenCIÓN y declaró extinguida la sociedad civil existente. La parte actora interpuso recurso de apelación que fue desestimado por la Audiencia Provincial de Soria. Los demandantes plantearon recurso de casación. El Tribunal Supremo estimó el mismo al considerar que la sentencia, al declarar la disolución de la comunidad de bienes sólo sobre una de las plantas del edificio, había incurrido en incongruencia. Por lo que, resolviendo sobre las acciones planteadas, desestimó la demanda principal y estimó, por el contrario, la reconvenicional, aceptando la existencia de una sociedad entre las partes y declarando la extinción y consiguiente liquidación de la misma. (L.A.G.D.)

53. Reintegro entre cofiadores. Cofianza asumida solidariamente.—«*Esta Sala ha considerado que el fiador que paga está legitimado para reclamar la parte que le corresponde a los restantes cofiadores en virtud de la solidaridad de acuerdo con las disposiciones generales (sentencias de 2 de diciembre 1988, 29 de septiembre 1997 y 28 de septiembre 1997), sin tener en cuenta las limitaciones del artículo 1844.3 (sentencias de 24 de enero de 1989 y 4 de mayo de 1993, entre otras) y siempre que sea beneficioso para los cofiadores. La acción de repetición se ejercita para evitar situaciones de enriquecimiento que se producirían, según afirma la sentencia de 29 septiembre de 1997, cuando quien ha pagado en beneficio de todos los obligados, no pudiera resarcirse de la cuantía proporcional correspondiente»* (FJ 4.º STS de 5 de febrero de 2007).

Presunción de igualdad en la división de la deuda.—«*El artículo 1138 CC establece una presunción de igualdad en la división de la deuda, que puede destruirse por cualquier medio de prueba*» (FJ 5.º STS de 5 de febrero de 2007); (**STS de 5 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—La mercantil R.C. contrató una póliza de crédito con una entidad bancaria, como deudora principal, existiendo, a su vez, varios avalistas. Tras el impago del préstamo, el acreedor instó juicio ejecutivo contra todos los avalistas. Tras abonar uno de los avalistas la cantidad debida, éste se dirigió contra el resto en ejercicio de la acción de regreso. Los demandados se opusieron a la demanda, alegando que la fianza se había asumido de acuerdo con las participaciones sociales de cada uno de ellos, y que la demanda

se había interpuesto con mala de y abuso del derecho porque no se había dirigido antes contra la sociedad deudora. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—El artículo 1844 CC permite que el cofiador se dirija contra todos los cogarantes, sin necesidad de demandar al deudor principal, ya que el pago de la deuda avalada entraña un interés común que beneficia a todos los obligados, los que resultan así liberados de la carga debitoria asumida. Una interpretación adecuada a la realidad social del referido precepto autoriza a admitir la acción de repetición a quien pagó justificadamente por verse constreñido a ello, debiendo evitarse siempre situaciones de enriquecimiento injusto, que se producirían en el caso de que quien afronte con sus bienes la satisfacción de la deuda, en beneficio de todos los obligados, no pueda resarcirse de la cuantía proporcional correspondiente.

Por lo que respecta a la distribución interna de la responsabilidad en la fianza, tal y como establece el artículo 1138 CC, existe una presunción de igualdad en la división de la deuda, por lo que, mientras no se demuestre un acuerdo sobre otro modo de distribución interna, la deuda deberá distribuirse por partes iguales entre todos los cogarantes. (L.Z.G.)

54. Responsabilidad extracontractual. Competencia de la jurisdicción civil para conocer de reclamaciones contra la Administración y contra particulares.—El Tribunal Supremo reitera su doctrina sobre la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer, en el marco de las acciones de responsabilidad extracontractual, de los juicios que tienen por objeto pretensiones resarcitorias fundadas en responsabilidad patrimonial de la Administración que concurre con la de los particulares (*v. gr.*, SSTS de 22 de julio de 2004, 24 de noviembre de 2005 y 8 de junio de 2006). No es relevante a este respecto la existencia de un contrato administrativo de ejecución de una obra pública, cuando la responsabilidad que se reclama no deriva de una actividad administrativa, ni tiene lugar en el marco de la obra pública (entre otras, SSTS de 26 de noviembre de 1999 y 7 de marzo de 2002). El fundamento de esta doctrina reside, por un lado, en la fuerza atractiva y el carácter residual de la jurisdicción civil; por otro, en la finalidad de evitar un peregrinaje de jurisdicciones, así como, finalmente, en la necesidad de no dividir la continencia de la causa, evitando con ello el riesgo de resoluciones contradictorias.

El Tribunal Supremo afirma que esta doctrina se mantiene siempre que se ejerciten estas acciones de responsabilidad con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de la Ley 2/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la reforma de la Ley 30/1992, llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero. En cambio, a partir de estas normas, se produce un punto de inflexión en el mantenimiento de la citada doctrina, en la medida en que, con ellas, se configura un marco competencial, material y jurisdiccional claro que sitúa en el orden contencioso-administrativo la competencia para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas conjuntamente contra las

Administraciones Pùblicas y los particulares. (**STS de 22 de diciembre de 2006**; ha lugar) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Un conductor falleció en un accidente de circulación causado por unas obras mal señalizadas que se estaban realizando en la carretera. La mujer y la hija del fallecido interpusieron demanda de responsabilidad civil extracontractual ante el Juzgado de Primera Instancia contra la empresa contratista adjudicataria de las obras, el ingeniero Jefe del correspondiente centro directivo del departamento ministerial encargado de la dirección y del control de las obras y el Ministerio de Fomento.

El Juzgado de Primera Instancia no entró a conocer del fondo del asunto objeto de la demanda, por estimar la excepción de incompetencia de jurisdicción formulada por el Abogado del Estado. Interpuesto recurso de apelación por las demandantes, la Audiencia Provincial declaró no haber lugar al recurso y confirmó la sentencia apelada. La mujer y la hija del fallecido interpusieron entonces recurso de casación, alegando la infracción de los artículos 1902 y 1903 CC, así como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a la *vis atractiva* de la jurisdicción civil. El Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia recurrida y revoca y deja sin efecto la de primera instancia, reenviando la contienda al Tribunal *a quo*, para que resuelva sobre el fondo del asunto. (A. M. M.)

55. Responsabilidad civil. Principio de unidad de culpa. Existiendo un daño imputable a la conducta culpable del agente, es indiferente el origen contractual o extracontractual de la culpa. No se incurre en incongruencia por fundar la decisión en normas de culpabilidad distintas a las invocadas por la parte.—La unidad de culpa, tanto tenga un origen contractual como extracontractual, está admitida no sólo por la jurisprudencia sino también por la mayoría de la doctrina científica civilística. La doctrina actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas (STS de 8 de abril de 1999). De suerte que no es anómalo el ejercicio alternativo o subsidiario de acciones basadas en culpa contractual y extracontractual. De ahí que, no obstante la relación jurídica material de fondo sea un contrato, si se produce un efecto lesivo a consecuencia del incumplimiento de dicho contrato con una negligencia extraña a lo que era materia propia del mismo, que se proyecte sobre entes extraños a la vinculación estricta contractual, nada obsta a que se invoque correctamente tanto el artículo 1.101 CC, como el artículo 1.902 CC (STS de 20 de junio de 1995).

Doctrina jurisprudencial de la equivalencia de resultados. No puede producir efectos casacionales la estimación de un motivo que no lleva aparejada la alteración del fallo de la sentencia recurrida.—Con la estimación de los motivos y, por ende, del núcleo esencial del recurso de casación, surge la paradoja de que con ello no se modifica el fallo de la sentencia recurrida. Es así por efecto de la doctrina de la equivalencia de resultados, que

parte de la base de que no puede producir efectos casacionales la estimación de un motivo que no determine una alteración del fallo recurrido. Doctrina ya consolidada y que se expresa, entre otras, en las SSTS de 4 de octubre de 2005 y de 31 de enero de 2006. (**STS de 29 de noviembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los actores demandaron a los propietarios del local situado en la planta baja del edificio que ocupaban, pidiendo se declarase que las obras llevadas a cabo por los demandados contravenían el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal al que estaba sometido el inmueble, y se ordenase la demolición de las mismas, reponiendo la finca al estado anterior a las obras, así como a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados con dichas obras. Los demandados se opusieron, alegando que el título constitutivo de la propiedad horizontal permitía la segregación de esta propiedad y la realización de tales obras sin recavar el consentimiento de la comunidad. El Juzgado de Primera Instancia estimó la íntegramente la demanda y condenó a la demolición de las obras realizadas y a la indemnización de los daños y perjuicios. La Audiencia Provincial de Málaga estimó parcialmente el recurso de apelación de los demandados y revocó la sentencia de instancia en lo tocante a la indemnización de daños y perjuicios. Los actores interpusieron recurso de casación. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación, al considerar válido fundar la reclamación de responsabilidad en causas de naturaleza contractual y extracontractual indistintamente. Sin embargo, al no quedar acreditada la entidad del daño, ni las bases para su determinación, no modificó el fallo de la sentencia recurrida. (*L. A. G. D.*)

56. Culpa extracontractual: muerte en accidente laboral agrario: caída de maquinaria por causa del viento: responsabilidad del encargado de la recogida de algodón.—Esta Sala mantiene la calificación de negligente de la conducta del encargado de las tareas de recolección de algodón, al no haber adoptado las precauciones que hubiesen podido evitar el daño producido por el vuelco de la máquina, al encargar a los trabajadores accidentados la recogida del algodón que estaba caído debajo y alrededor de aquélla, no siendo imprevisible que, ante el viento reinante, las características y dimensiones de la cesta recogedora del algodón y la altura a que ésta se hallaba, se produjese el vuelco de la máquina lo que, necesariamente, había de producir el alcance de los obreros que faenaban junto a ella. Se da nexo de causalidad, pues de haber sido adoptadas medidas de precaución por el encargado de la finca, director de las labores de recolección las medidas adecuadas, no se hubiera producido el daño que se manifiesta.

No hay concurrencia de culpas.—En ningún momento se ha atribuido a la víctima una conducta culposa o negligente que haya influido en el curso causal de los hechos. Tanto aquélla, como otros operarios, algunos lesionados pero que no son parte en el pleito, realizaban su trabajo siguiendo las instrucciones del encargado de la empresa codemandada y carecían del dominio de la máquina cuyo vuelco originó el daño, dominio que en uno u otro sentido correspondía exclusivamente al encargado y al propietario de la máquina.

Responsabilidad del dueño y conductor de la máquina cosechadora de algodón: responsabilidad del empresario agrícola.—Es cierto que el accidente no se produjo durante su manejo por el recurrente, pero no es menos cierto que el mismo, como propietario de aquélla, debió adoptar las precauciones necesarias para que, ante el viento que se había levantado, éste no afectase al equilibrio de la máquina, lo que era previsible dadas las características de aquélla. Aunque la recolección del algodón era dirigida por el encargado de la S.A.T codemandada, el ahora recurrente, como propietario y conductor de la máquina que prestaba sus servicios, no como asalariado, sino como arrendador de los mismos, era el responsable de la máquina tanto durante su funcionamiento como mientras permanecía parada, situación ésta en la que, igualmente, debía procurar que en ella no se pudiese causar daño a tercero.

Cuantía de la indemnización: inaplicación de los baremos establecidos por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre.—Es doctrina reiterada de esta Sala la de que la fijación del *quantum* indemnizatorio es cuestión de hecho reservada al tribunal de instancia, y sólo procede su revisión en casación cuando las bases resultan erróneas o se hayan modificado por error en la valoración de la prueba, lo que no sucede en este caso. La STC de 29.06.00, declaró el carácter vinculante del sistema de baremos establecido por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, pero única y exclusivamente en el ámbito propio de la circulación de vehículos de motor, y no en los demás propias de la responsabilidad civil, doctrina que ha aplicado ya la STS de 22.07.04 (**STS de 29 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

NOTA.—Aunque la causa física última determinante del accidente mortal fue el fuerte viento desencadenado en una localidad sevillana el 09.10.93, el TS detecta varias responsabilidades jurídicas imputables a la empresa agraria S.A.T. titular de la empresa productora de algodón, al encargado de la misma que dirigía personalmente las tareas de recolección y al propietario de la máquina que volcó por causa del viento y que también la conducía en dichas faenas. Responsabilidades no homogéneas y de cuantificación harto difícil, por lo que la sentencia condenatoria opta razonablemente por la solidaridad. La responsabilidad es claramente omisiva ya que, ante la fuerza del viento, el encargado ordena parar a la máquina y a la cuadrilla de empleados; pero también activa por cuanto manda a los componentes de ésta, que se dediquen a recoger el algodón caído en el suelo en torno a la máquina cosechadora. Mientras tanto la cestilla de la máquina seguía situada a su máxima altura y, por tanto, directamente expuesta a la fuerza del viento que terminó por derribar la máquina y aplastar a uno de los obreros. Éstos se limitan a obedecer órdenes y en modo alguno puede hablarse de compensación de culpas. Está claro que ni el Encargado, ni, por supuesto la empresa, ni el propietario-conductor de la cosechadora adoptaron precauciones en vista del previsible vuelco de aquélla. A mi juicio a ello debe sumarse la inadecuada orden de recoger el algodón caído, precisamente, junto a la cosechadora. Sentencia plena de aprobar, de la que sólo cabe lamentar que se dicte al cabo de trece años de producirse el accidente. (G. G. C.)

57. Responsabilidad extracontractual. Doctrina del riesgo: se exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios.—La aplicación de la doctrina del riesgo, como fundamento de la responsabilidad extracontractual, exige que el daño derive de una actividad peligrosa que implique un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios (STS de 6 de noviembre de 2002 y de 24 de enero de 2003), circunstancia que requiere un juicio previo de valoración sobre la actividad o situación que lo crea al objeto de que pueda ser tomado en consideración como punto de referencia para imputar o no a quien lo crea los efectos un determinado resultado dañoso.

La creación de riesgo no es suficiente para declarar responsabilidad, se requiere, además, un elemento de culpa.—En la responsabilidad por riesgo nunca se ha llegado al extremo de erigir a éste en fuente única de responsabilidad con fundamento en el artículo 1.902 CC (STS de 17 de octubre de 2006), al no ser la creación de un riesgo elemento suficiente para decretar la responsabilidad (STS de 13 de marzo de 2002 y de 6 de septiembre de 2005, entre otras), se requiere, además, la concurrencia del elemento subjetivo de culpa, o lo que se ha venido llamando un reproche culpabilístico, que sigue siendo básico en nuestro ordenamiento positivo a tenor de lo preceptuado en el artículo 1.902 CC (STS de 26 de abril de 2006).

El reproche culpabilístico en la doctrina del riesgo ha de referirse a un incumplimiento de los deberes exigidos o a la falta de diligencia exigible.—Esto significa que la actuación ha de contener un elemento de imprevisión, de falta de diligencia o de impericia (STS de 6 de septiembre de 2005), que, en definitiva, se ha de deducir de la relación entre el comportamiento dañoso y el requerido por el ordenamiento, como una conducta llevada a cabo por quien no cumple los deberes que le incumben, o como una infracción de la diligencia exigible, que en todo caso habría que identificar con un cuidado normal y no con una exquisita previsión de todos los posibles efectos de cada acto.

Límites a la objetivización de la responsabilidad por riesgo: referencia a las actividades de ocio, recreativas o deportivas.—Esta objetivización se limita, fuera de los supuestos legales, a las actividades que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios (STS de 21 de marzo de 1996). (**STS de 19 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El demandante, el día 21 de agosto de 1991, en una playa de Ibiza, alquiló una embarcación Zodiac. Dicha embarcación, había sido cedida por su propietario en favor de una Asociación, para la que prestaba sus servicios en calidad de empleado. La embarcación se encontraba en perfecto estado de funcionamiento, habiendo sido informado el actor de su manejo y peligros a evitar. El actor que ya había utilizado la embarcación con anterioridad y admitido que conocía perfectamente su manejo, cedió, sin autorización para ello, el pilotaje de la misma a un amigo, y la evidente inexperiencia de este último causó el siniestro: el actor cayó al agua y fue alcanzado por la hélice, sufriendo lesiones y secuelas cuya indemnización reclamó al propietario de la Zodiac (empleado de la empresa arrendadora), a la Cía. de Seguros que había asumido la responsabilidad civil del riesgo de accidentes que el alquiler de la

embarcación suponía, y a una tercera persona a la que le atribuyó el manejo de la embarcación cuando ocurrió el siniestro. La cantidad reclamada, con carácter solidario, ascendía a 26.679.428 pesetas. El Juzgado estimó parcialmente la demanda al condenar al propietario de la Zodiac y a la entidad aseguradora a abonar al actor la suma de 12.190.993 pesetas. La sentencia fue recurrida por la aseguradora, y la Audiencia la revocó y absolvió a todos los codemandados. El TS no da lugar al recurso de casación. (*I. D.-L.*)

58. Responsabilidad extracontractual por accidente causado en la práctica del esquí. No es reprochable al empresario explotador de la pista la no adopción de medidas de seguridad superiores a la normal en el ejercicio de su actividad empresarial.—La esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió de ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso; como dice la sentencia de 10 de julio de 2003, «la previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo (sentencia de 9 de abril de 1963). La diligencia exigible ha de determinarse en principio según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y cabe esperarse de la persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso» y la sentencia de 9 de octubre de 1999 afirma que «según reiterada doctrina jurisprudencial es esencial para generar culpa extracontractual el requisito en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento, no en abstracto, en la que puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser».

Atendidas las circunstancias concurrentes, que la pista por la que discurren los accidentados y su compañero era una pista calificada como «negra», reservada su utilización a esquiadores expertos, que el accidente se produjo al inicio de la pista en un tramo recto, con poca pendiente y con un ancho considerable de pista (25 metros), no es previsible, en la explotación normal de esta actividad en un tramo de pista de esas características, no existiendo ningún obstáculo que aumente el riesgo propio de ese deporte, sino que a consecuencia de la caída se produzca un desplazamiento del accidentado fuera de la pista, que obligara al explotador de la pista a adoptar medidas de seguridad tendentes a evitar las consecuencias dañinas de esa salida de la pista, habida cuenta, por otra parte, de la configuración del terreno adyacente a la misma. No puede exigirse, por tanto, a la codemandada recurrida, la empresa explotadora de la pista una previsibilidad superior a la normal en el ejercicio de su actividad empresarial.

Inexistencia de relación de causalidad entre el daño y la conducta omisiva de la demandada.—La recurrente parte de que existía una obligación por parte de la sociedad explotadora de la pista de colocar sistemas de cerramiento de la pista que impidieran la salida de la misma. Como señalan las sentencias de esta Sala de 13 de junio y 28 de octubre de 2005, la dirección de la entidad explotadora «no puede cercar con vallas las pistas, aun las cerradas»; en el lugar en que concurrieron los hechos no existían condiciones topográficas que hiciesen prever la existencia de peligro o de un riesgo anormal para la práctica del esquí y que hiciese necesaria la colocación de barreras de cualquier clase para evitar sucesos de esta naturaleza; no se puede apreciar, por tanto, la existencia de una relación de causalidad entre el daño sufrido por el demandante y una conducta omisiva de la demandada, ya que

no ha existido tal conducta omisiva, entendida ésta como abstención de hacer aquello a que se venía obligado.

También es necesario que exista relación de causalidad en la responsabilidad objetiva o quasi-objetiva regulada en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.—En cuanto a la invocación que se hace del artículo 25 de la Ley 26/1984, aun en los supuestos de responsabilidad puramente objetiva o quasi-objetiva es necesaria la existencia de un nexo causal entre la acción u omisión y el resultado dañoso; inexistente en este caso esa relación de causalidad entre omisión atribuida a la recurrente y el daño sufrido por el ahora recurrente, cae por su base la pretendida aplicación del artículo 25 invocado. (**STS de 15 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El demandante había tenido un accidente en una pista de esquí reservada para esquiadores expertos, al tropezar con otro esquiador que había caído y precipitarse hacia el lateral de la pista e impactar con un tronco. Demandó a la sociedad explotadora de la pista de esquí y la Compañía Aseguradora imputando a la primera que no hubiera colocado vallas para impedir la salida de la pista. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda condenando solidariamente a las demandadas a abonar al demandante una indemnización por los daños sufridos. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó, desestimando íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

59. Responsabilidad extracontractual. Daños que las explotaciones mineras provocan en los edificios que se encuentran en su área de influencia. Omisión de la diligencia debida y nexo causal.—No cabe duda que las explotaciones mineras son una actividad de riesgo, no sólo para quienes realizan las labores propias de las mismas, sino también para las personas y bienes de quienes se encuentran en su área de influencia, como son las que resultan afectadas por la subsidiencia minera, como es el caso litigioso. Ello obliga la exigencia a las empresas que las explotan a observar un plus de diligencia en el ejercicio de su actividad a fin de evitar posibles y previsibles daños a terceros. La sentencia a quo no basa su pronunciamiento condenatorio en una pura responsabilidad objetiva fundada en la existencia de una relación de causalidad material, sino en la omisión de aquella diligencia debida atendida la clase de industria extractiva de que se trataba. Así ni la demandada, ni el ingeniero director de la explotación tuvieron en cuenta que en la vertical de la explotación minera se encontraban las instalaciones de la actora y de otras personas, que también resultaron dañadas, y a las que podía afectar el fenómeno de la subsidiencia; tampoco tuvieron en cuenta la presencia de un lecho de anhidrita modular, la cual al hidratarse experimenta una dilatación del 40%, con las consecuencias que recoge la sentencia de primera instancia. La falta de atención a estas circunstancias es lo que justifica, atendida la clase de actividad generadora de evidentes riesgos, el pronunciamiento de la sentencia recurrida.

La prueba de la culpa se desplaza cada vez más a la prueba del nexo causal.—La sentencia de 25 de septiembre de 2003 recoge la doctrina jurisprudencial sobre la necesidad de un nexo causal entre la acción u omisión

imputada al agente y el daño producido; así la sentencia de 30 de abril de 1998, citada en la de 2 de noviembre de 2001, dice que «como ha declarado esta Sala (sentencia de 22 de febrero de 1946 y otras posteriores) en el nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño ha de declararse patente la imputabilidad de aquél y su obligación de repararlo; queda así expresado que la relación de causalidad, como es el caso debatido, es más bien un problema de imputación; es decir, que los daños y perjuicios se deriven o fueren ocasionados por un acto u omisión imputables a quienes se exige indemnización por culpa o negligencia y que tales daños y perjuicios resultan consecuencia necesaria del acto u omisión del que se hace dimanar». Por otra parte, la sentencia de 10 de octubre de 2002 dice que «el artículo 1902 del CC ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad siempre cambiante (art. 3.1 del CC) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal y se subsume en la causa del daño la prueba de la culpa»; asimismo tiene declarado esta Sala que «corresponde la carga de la prueba de la base fáctica (del nexo causal) y por ende las consecuencias desfavorables de su falta al demandante» y «en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la prueba al perjudicado que ejercita la acción (sentencia de 6 de noviembre de 2001, citada en la de 23 de diciembre de 2003); «siempre será requisito ineludible la existencia de una relación de causalidad entre la conducta activa y pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido constatarse (sentencia de 3 de mayo de 1995, citada en la de 3 de octubre de 2002)»; «como ya ha declarado con anterioridad esta Sala la necesidad de cumplida demostración del nexo referido que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño que es lo que determina su obligación de repararlo –no puede quedar desvirtuada por una aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los artículos 1902 y 1903 en determinados supuestos pues el cómo y el porqué se produjo el accidente siguen constituyendo elementos indispensables en la identificación de la causa eficiente del evento dañoso» (sentencia de 27 de febrero de 2002).

Acreditada en el presente caso la base fáctica del nexo causal, resulta igualmente acreditada la causalidad jurídica en cuanto que tal resultado dañoso es imputable a los ahora recurrentes por la imprevisión de los efectos de la subsidiaria en las edificaciones situadas en la vertical de la explotación minera y la omisión de toda medida tendente a evitar la producción de esos previsibles daños. (**STS de 9 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—Una entidad mercantil demandó a varias sociedades y particulares solicitando que se les condenase a reparar los daños causados en diversas edificaciones por las explotaciones mineras llevadas a cabo por los demandados. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a los dos demandados citados en primer lugar y absolviendo al resto de los demandados. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo ratificaron esa decisión. (*L. F. R. S.*)

60. Causalidad jurídica.—«El nexo entre acción y daño no puede reducirse a una *quaestio facti*, sino que, a partir de una constatación de un cierto hecho/conducta que es objeto de prueba, se ha de determinar qué daños causalmente ligados han de ponerse a cargo del presunto responsable, utilizando para ello criterios que han de extraerse del sistema normativo de la responsabilidad, a través de la operación que se denomina en la doctrina imputación objetiva y consiste en la determinación de una causalidad jurídica de los daños.» «Cabe concluir que sin la actuación imprudente del piloto no se hubiera producido el evento dañoso, cumpliendo así la exigencia básica que, de acuerdo con la teoría de la *condicio sine qua non*, se exigiría para determinar el nexo causal, y mucho más si se considerara desde la perspectiva de la llamada *causalidad adecuada*».

Inexistencia de caso fortuito.—Cuando el acontecimiento fue debido al incumplimiento de un deber relevante de previsibilidad no puede darse la situación de caso fortuito, pues entonces falta la adecuada diligencia por omisión de atención y cuidado requeridos con arreglo a las circunstancias del caso. La culpa es incompatible con el caso fortuito, y para la exoneración con motivo de un caso fortuito se requiere que el deudor o el agente se estén comportando correctamente en el desarrollo de la actividad de que se trate, salvo que el comportamiento negligente o culposo no haya producido un incremento del riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión, o, en otras palabras, no se producirá imputación cuando aún en el caso de haber obrado diligentemente el agente, el concreto evento dañoso se hubiera producido con total seguridad o con una total probabilidad que haya de ser tenida por equivalente a la certeza.

Responsabilidad por hechos de los auxiliares.—«Más que un arrendamiento de cosa, se trata de un arrendamiento de obra o *locatio operis*, que obliga al propietario de la aeronave, a la obtención de un resultado. El aquí arrendatario, HELISOL, S. A., tuvo atribuida durante un tiempo la gestión comercial de la aeronave, pero en ningún caso la gestión y control de la navegación, que queda en poder de la propietaria. La responsabilidad por hecho de los auxiliares o dependientes corresponde a la propietaria ahora recurrente.» (STS de 2 de enero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—*Viprom Televisión, S. A.*, contrató a don J.L.A., Cámara profesional, para la grabación de un reportaje de vídeo sobre una estación de esquí en Sierra Nevada. La aeronave en la que viajaban Don J.L.A. y otros se precipitó sobre el terreno, falleciendo el piloto y produciendo graves heridas en los pasajeros. La demanda de reclamación de daños y perjuicios interpuesta por Don J.L.A y otros se dirigía contra el propietario de la aeronave *Heliswiss Iberica, S. L.*; la arrendataria de la misma *Helisol, S. A.*; y la aseguradora *La Unión y El Fenix Español, S. A.*, El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y condenó solidariamente a los demandados a pagar una indemnización por los daños materiales. La Audiencia Provincial desestimó el recurso interpuesto por *Heliswiss Iberica, S. L.*; estimó en parte el recurso del actor Don. J.L.A. fijan-

do una indemnización superior, y estimó en parte también el recurso interpuesto por *Helisol, S. A.*, absolviéndola de las pretensiones aducidas contra ella. *Heliswiss Iberica, S. L.* presentó recurso de casación en apoyo a los siguientes motivos: aplicación indebida del artículo 1902 del CC, así como la jurisprudencia que lo interpreta; aplicación indebida del artículo 1105 CC; e infracción del artículo 1903. 1.^º y 4.^º del CC, puesto que, según el recurrente, sólo cabría exigirle responsabilidad a la propietaria-recurrente en cuanto al funcionamiento de la aeronave o a la idoneidad del piloto, y no respecto de la actuación del piloto, ya que *Helisol, S. A.*, fue la que como arrendataria de la aeronave aceptó tener bajo su dependencia jerárquica al piloto. El Tribunal Supremo desestima el recurso. (E. C.V.)

61. Asunción del riesgo creado.—Culpa exclusiva de la víctima. Concurre la circunstancia de «culpa exclusiva».

Causalidad jurídica. En el aspecto causal es necesario que quepa atribuir a quienes se pretende hacer responsables, en todo o en parte, de un evento dañoso, algún tipo de comportamiento, activo o pasivo, que haya incidido en el desencadenamiento del resultado, y en el presente caso lo único que cabe atribuir a las codemandadas es la organización del festejo, lo cual, si bien es relevante en el ámbito de la causalidad material o física, no es suficiente, por si sólo, para generar la causalidad jurídica, la cual es imputable únicamente al propio perjudicado. (STS de 27 de enero de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—D.P.S.G. interpuso demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre reclamación de cantidad ante el Juzgado de Primera Instancia número uno de Picassent (Valencia), siendo parte demandada la Asociación Local de Jubilados y Pensionistas de Picassent, la Compañía *Aseguradora General Europea, S. A.*, (GES), y el Ayuntamiento de Picassent. En su demanda el actor reclamaba una indemnización por los daños y perjuicios sufridos al haber sido corneado por una vaquilla en un encierro que tuvo lugar con ocasión de los festejos taurinos de su localidad. Las sentencias del Juzgado de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial desestimaron, respectivamente, la demanda y el recurso de apelación. Posteriormente, se interpuso por el actor recurso de casación articulado en un único motivo, en el que denunciaba la violación de los artículos 1902 y 1903 CC y de la doctrina jurisprudencial. El Tribunal Supremo desestima dichas pretensiones. (E.C.V.)

62. Responsabilidad extracontractual. Carga de la prueba.—La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 del CC. Es procedente prescindir de una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. La inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, sólo es aceptable en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está

especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole.

La asunción de los riesgos generales de la vida, de los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar o de los riesgos no cualificados, pues riesgos hay en todas las actividades de la vida es un criterio de imputación del daño al que lo padece. En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados.

Responsabilidad extracontractual. Comunidad de propietarios.— Existe responsabilidad de la comunidad de propietarios o de los titulares del negocio cuando es posible identificar un criterio de responsabilidad en el titular del mismo, por omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles. Por el contrario, no puede apreciarse responsabilidad en los casos en los cuales la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad o tiene carácter previsible para la víctima. (**STS de 22 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.]

HECHOS.—Como consecuencia de la acumulación de agua que existía en el suelo debido al goteo de los paraguas proveniente de la lluvia caída en el exterior y de la falta de limpieza del mismo, D.^a Susana se cayó al suelo en un supermercado. La caída le provocó una fractura del cuello del femur izquierdo, lesión que determinó sucesivas intervenciones quirúrgicas, consistentes en la implantación de sucesivas prótesis en la cadera y baja prolongada. Interpuesta la demanda, en la que D.^a Susana reclamaba 9.000.000 pesetas, el Juzgado de Primera Instancia condenó al supermercado y a la aseguradora a abonar a D.^a Susana 6.767.628 pesetas. La responsabilidad que la sentencia les imputa se basa en no haber adoptado las medidas de seguridad y limpieza que las circunstancias concurrentes exigían para evitar un siniestro que se consideró previsible y evitable. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revocó esta sentencia y desestimó la demanda.

NOTA.—El Tribunal Supremo coincide en la sentencia anotada con la Audiencia Provincial en que no existe elemento alguno de orden fáctico que permita identificar la existencia de negligencia por parte del titular del establecimiento. Afirma que los materiales empleados para la construcción del suelo no sólo resultaban adecuados, sino que presentaban un grado suficiente de seguridad y adherencia. Finalmente, la sentencia desecha el carácter imprevisible, como accidente u obstáculo, del estado húmedo o mojado del suelo en zona próxima a la entrada del mercado en día de lluvia, para quien penetra en el local provisto de un paraguas.

La sentencia aplica correctamente a los hechos que declara probados un criterio de imputación causal que implica poner a cargo de quienes lo sufren aquel daño que se produce como consecuencia de los riesgos generales de la vida inherentes al comportamiento humano en la generalidad de los casos, según la regla *«id quod plerumque accidit»* (lo que sucede normalmente). Para ello tiene en

cuenta que el estado húmedo o mojado del suelo del establecimiento próximo a la entrada como consecuencia de la lluvia constituye un acontecimiento previsible por parte de los clientes, que deben tomar las medidas de precaución adecuadas para evitar las caídas. (M. C. L. J.)

63. Culpa extracontractual: lesiones sufridas por subcontratista al derrumbarse un balcón no apuntalado: responsabilidad eventual del dueño de la obra al carecer de licencia municipal.—Sólo podría declararse ésta si la falta de licencia municipal fuera causa determinante del accidente, o que la selección del contratista no hubiera sido adecuada, por recaer en persona sobre la que no se hubiera vigilado la concurrencia de las aptitudes necesarias para la realización de la obra; pero estas suposiciones resultan incompatibles con las conclusiones que en el terreno fáctico sienta la sentencia recurrida.

Responsabilidad eventual del técnico director de la obra.—Sólo sería aplicable en el caso de que la falta de previsión de medidas de seguridad en el proyecto hubiera sido la causa del accidente o el técnico hubiera tenido participación en la dirección de la obra conforme al proyecto que en su día confeccionó; sin embargo, la sentencia afirma que la causa del accidente fue la falta de apuntalamiento del balcón, y que no existe prueba de que se comunicase la iniciación de la obra al arquitecto técnico que debía hacerse cargo de su dirección y fiscalización.

Responsabilidad del contratista.—En principio le corresponde adoptar las medidas de seguridad como encargado de la obra, pero la sentencia afirma que el subcontratista, a quien se le encomendó el vaciado del inmueble, como titular de empresa especialista en la materia, actuó con plena autonomía en la dirección de la obra y en la adopción de medidas e seguridad.

Responsabilidad del subcontratista.—La subcontratación se hizo se hizo a favor de una empresa especializada en las labores de vaciado que llevaba años realizando dichos trabajos y que contaba con número suficiente de trabajadores para ello, la cual asumió la realización de la obra con autonomía plena y respecto de la cual no constaba que no reuniera los mínimos necesarios para hacerse cargo de la obra; el subcontratista se había responsabilizado directamente de la dirección de la obra, como titular de una empresa especializada en la materia, por lo que asumía una posición prevalente respecto de la adopción o promoción de las medidas de seguridad suficiente para desplazar a su cargo, en función de criterios de causalidad adecuada, la imputación por la falta de medidas respecto de quien le encargó la dirección de la obra, pues resulta improcedente apurar el regreso de la cadena causal hasta el concedente de la obra si la conducta omisiva del subcontratista no se demuestra que se ha visto significativamente favorecida por la actuación de aquél; frente a la situación prevalente del subcontratista nacida de su acreditada experiencia y especialización, no puede atribuirse relevancia a la conducta omisiva de quien, como contratista no especializado y sin experiencia, confiaba la realización de la obra a quien en virtud de estas circunstancias estaba llamado a asumir una situación de dominio de la actividad potencialmente dañosa. (STS de 7 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Supuesto de hecho complejo que muestra a un grupo de «personajes en busca de responsable». Don Bruno es titular de una acreditada empresa de excavaciones quien subcontrata la obra y empieza a trabajar en el vaciado de la finca siendo alcanzado por un balcón que se derrumba y le lesiona gravemente (240 días de baja). Don José M.^a es el dueño del edificio que actúa frente al Ayuntamiento de modo claramente irregular pues no logra licencia para el vaciado y reconstrucción, y sí en cambio para restauración. Don Gaspar es el contratista que, inicialmente, se iba a encargar de la restauración, pero que al cambiar de opinión el dueño de la obra, busca un subcontratista especializado. Don José Manuel es el arquitecto técnico que realizó el proyecto de restauración, pero que no intervino en la subcontrata. Hay un procedimiento penal contra todos los luego civilmente demandados, que termina con la absolución de los imputados, y que abre lógicamente la vía civil. Don José M.^a ha cometido un ilícito administrativo pues, careciendo de licencia municipal, acomete las obras de vaciado y reconstrucción ¿deberá además responder por los daños extracontractuales que se causen durante la ejecución de la obra no autorizada administrativamente?. En principio Don Gaspar ha actuado sensatamente pues ignora todo sobre las tareas de excavación y, por ello, busca a un especialista; pero sigue vinculado con el dueño de la obra y asume las obligaciones del subcontrato de obra ¿debe informar al subcontratista que la obra no está municipalmente autorizada? Don José parece que debe ser inicialmente exonerado pues el subcontratista no contó con él para iniciar las obras ni para dirigirlas. La s. extractada exculpa a todos los demandados y viene a concluir: sibi imputet.

NOTA.—El recurso se plantea en el ámbito extracontractual y la sentencia depura al máximo las posibles responsabilidades de esta clase, pero ¿es posible una total desvinculación de las relaciones contractuales que median entre los sujetos? La misma sentencia invoca la doctrina jurisprudencial sobre las relaciones entre contratistas y subcontratistas. El dueño de la obra no puede ocultar que carece de licencia municipal al tratar con el contratista, ni éste al hacerlo con el subcontratista; y de haberlo sabido ¿hubiera éste iniciado con prisa las obras de demolición? ¿No resulta paradógico que la víctima resulte ser la única culpable? (G. G. C.)

64. Responsabilidad extracontractual derivada de accidente acaecido por la presencia indebida de una línea de alta tensión próxima a una edificación. Obligación de indemnizar solidaria de la entidad para la que trabajada el obrero fallecido y la Compañía eléctrica.—En el caso enjuiciado, atendiendo a los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, no puede, en puridad, determinarse cuál es el grado de participación de los distintos agentes que, mediante su conducta consistente en la omisión de las medidas de seguridad adecuadas, originaron el daño causado. Por consiguiente, procede, de acuerdo con la jurisprudencia, la condena solidaria de las dos entidades causantes del daño.

El principio *iura novit curia* permite que el juez pueda fijar el carácter parcial o solidario de las obligaciones sin necesidad de que lo solicite la

parte demandada.—El principio *iura novit curia* [el tribunal conoce el Derecho] permite al juzgador determinar el carácter parciario o solidario de la responsabilidad declarada por daños sin necesidad de que la parte demandada lo solicite, siempre que tal declaración se produzca en el ámbito de la pretensión deducida en la demanda, como ocurre en el caso examinado. (**STS de 2 de enero de 2007; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Cuando estaba desplazándose por la cubierta de un edificio, un trabajador recibió una descarga eléctrica de un cable de alta tensión situado a una distancia de 1,39 metros de la cubierta y que causó su muerte por electrocución. La viuda del trabajador fallecido demandó a la sociedad para la que trabajaba su marido y la Compañía eléctrica. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a las demandadas a indemnizar solidariamente a la demandante. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó parcialmente y condenó a las demandadas a satisfacer partes desiguales de la indemnización, ya que la entidad para la que trabajaba el fallecido contribuyó en mayor proporción al daño. Interpuesto el recurso de la casación por la demandante, el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo y condenó solidariamente a las demandadas. (*M. C. B.*)

65. Culpa extracontractual: responsabilidad de la Junta Constructora de un Museo por fallecimiento de menor aplastado por escultura exhibida, mal ensamblada.—La sentencia recurrida considera indiscutible la responsabilidad de la entidad demandada sobre la base de que «los encargados del recinto museístico no sólo omitieron la adopción de unas razonables medidas de seguridad, sino que consintieron la creación de un riesgo superior al normal, ya que toleraban el tocamiento de una escultura de estabilidad precaria, como lo prueba que la fuerza de un niño de cinco años de edad la descompusiera apenas un año después de su colocación y fijación». Pero si tal es la razón de la imputación a la demandada del daño y de la atribución de responsabilidad, no puede admitirse la relevancia causal que el tribunal de instancia aprecia en la conducta de los progenitores del menor fallecido, pues no contribuyó eficazmente a la producción del daño en la medida en que, habida cuenta de las circunstancias que rodearon al desgraciado accidente, aun cuando el menor se encontrara sometido a la más estrecha vigilancia de sus progenitores, no quedaba excluida la causación del desgraciado accidente. Éste se produjo, en el plano de la causalidad física, por la acción del menor, pero en la vertiente jurídica de la causalidad la creación de aquel riesgo extraordinario por parte de la demandada, colocando una escultura de inestabilidad acusada e integrada por las tres piezas simplemente ensambladas unas sobre otras y rejuntadas con yeso, y accesible para los visitantes del museo sin impedimento alguno, se erige en la única causa, con relevancia y eficacia en la producción del daño, dejando sin transcendencia a los restantes actos que, como sucede con la conducta de los progenitores del menor fallecido, se presentan como antecedentes.

Ausencia de responsabilidad de los padres.—No se discute que el 30.07.94, los actores entraron en el Museo acompañando a su hijo Lorenzo de la mano, quien nada más de comenzar la visita al recinto se desasió de la

misma, al parecer por llamarle atención una réplica de yeso de las constelaciones, asiéndose, colgándose o balanceándose en la misma, lo que provocó el desamblaje y posterior caída de los tres módulos que constituían la escultura, cayendo sobre el menor, quien resultó con fractura de la base del cráneo lo que provocó su muerte. Los actores han acreditado fehacientemente que la causa del hecho determinante del fallecimiento de su hijo no puede ser razonablemente otra que la estructura por trozos de la escultura que cayó encima del niño. Por el contrario, no puede razonablemente concurrir a dicho nexo causal circunstancia distinta de que el niño no estuviera cogido de la mano en lugar cerrado, sin que la demandada tampoco aclare quien de sus familiares había de cogerle la mano. Siendo normal y no exigible que dentro de un recinto cerrado un menor no pueda deambular por sí sólo, la conducta de sus padres no concurre en modo alguno a la producción del hecho y mucho menos con el resultado de que tuviera que sufrir la posible y negada conducta negligente la hermana menor de edad del niño fallecido.

Cuantía de la indemnización: no hay incongruencia si se fijan en la sentencia.— Conforme a pacífica jurisprudencia, es en la fase declarativa del proceso cuando deben ser alegados y acreditados los perjuicios, cuya reparación se postula, y sólo en el caso de que durante el proceso sea imposible demostrar la cuantía de los daños y perjuicios, cabrá hacer la reserva del artículo 360 Lec.1881. Tampoco cabe apreciar vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por haber determinado y concretado el importe de los perjuicios indemnizables en esta fase declarativa, si se tiene en cuenta que los daños y perjuicios que cabe reclamar son los que tienen causa generadora a la fecha de la demanda, pues una condena respecto de los hipotéticos posteriores implicaría una inadmisible condena de futuro viciada por la incertidumbre acerca de la realidad de los mismos. En el presente caso, la Sala, asumiendo la instancia, ha de tener en cuenta que se ha rechazado la concurrencia de culpa por parte de los padres que estimó la Audiencia. (STS de 26 de enero 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—Un desgraciado accidente en un museo barcelonés obliga a replantear algunos temas cuya actualidad viene determinada, de un lado, por la creciente afluencia de público a los Museos y Exposiciones, y, de otro, por la también mayor presencia entre aquél de padres con hijos menores. ¿Hasta dónde deben llegar las medidas de seguridad, relativas a las personas, en relación con el material expuesto? ¿Cómo organizar la visita de menores de edad a dichos lugares, ya se verifique con sus profesores, ya sea en compañía de sus familiares? En el caso concreto parece clara la negligencia del Museo que expone una escultura formada artificialmente por tres piezas simplemente ensambladas con escayola, colocada en situación inestable, figurando en ella al parecer las constelaciones, y que llama la atención de un menor de cinco años, quien, acercándose, se balancea colgándose de aquélla, hasta que la escultura exhibida se fragmenta y el menor resulta aplastado por sus trozos. El tema debatendi que llega a la casación es la de si hay, o no, concurrencia de la responsabilidad de los padres (la AP la había fijado en un tercio del total del daño) con la indudable del Museo. La s. extractada rechaza contundentemente la co-rresponsabilidad de los padres y fija una indemnización por daño moral de diez

millones de pts a cada progenitor y de tres millones a su hermana menor, aparte de otra suma inferior por daños materiales. En adelante aquellas entidades tendrán que atender a la naturaleza de los objetos expuestos, así como a su situación en el interior o en el exterior del edificio, sin desdeñar la presencia eficiente de vigilantes en cada sala si la exposición es en el interior; todo ello sin descuidar una cuidadosa reglamentación para la visita de menores de edad. ¿Habrá que fijar una edad mínima para que los menores acudan a un museo? ¿y a partir de qué edad podrán acudir solos? (G. G. C.)

66. Responsabilidad por hecho ajeno. Responsabilidad del promotor de la obra por los hechos de la empresa constructora.—Existe una jurisprudencia reiterada (v. gr., SSTS de 4 de enero de 1982 y de 8 de mayo de 1999) conforme a la cual, cuando se encarga a un contratista la realización de una obra, la responsabilidad corresponde exclusivamente a éste, como contratista independiente, siempre que este contrato no sea determinante de una relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista. En este sentido, se entiende que existe dependencia, y que el contratista no actúa formalmente como autónomo, cuando está sujeto al control de la promotora de la obra o se encuentra incardinado en su organización y es a la promotora a quien le corresponde el control, la vigilancia y la dirección de las labores encargadas.

Responsabilidad por hechos propios. Selección de contratista inadecuado.—Según el TS (SSTS de 18 de julio de 2005, 3 de abril y 7 de diciembre de 2006 y 25 de enero de 2007), cuando se demuestra que la elección de una empresa, a la que se contrata para la realización de una obra, ha sido hecha negligentemente —puesto que dicha empresa no reúne las características necesarias para ofrecer las debidas garantías de seguridad—, el comitente puede ser declarado responsable por hecho propio, por incumplimiento del deber de diligencia en la selección del contratista.

Pacto de limitación de la responsabilidad por hecho ajeno. Inoponibilidad frente a tercero.—En virtud del principio de la relatividad del contrato, no es oponible frente a terceros ajenos al ámbito contractual el pacto que establezcan entre sí la empresa promotora y la constructora de una obra para exonerar de responsabilidad a la primera por los daños causados por la segunda.

Excepción de prescripción de la acción de responsabilidad civil en caso de pluralidad de responsables.—De acuerdo con reiterada jurisprudencia (sirvan de ejemplo las SSTS de 23 de junio de 1993, 30 de noviembre de 2000 y 13 de diciembre de 2005), la estimación o desestimación de la excepción de prescripción de la acción de responsabilidad civil respecto de alguno de los responsables no vincula al juzgador en cuanto a la posible estimación o desestimación en relación a otro, ya que cada uno de ellos se encuentra en distinta posición procesal respecto de la parte actora, en cuanto a posibles relaciones sustantivas o materiales con la misma, y ya que la existencia o no de interrupción del plazo de prescripción ha podido operar respecto de unos y no de otros responsables.

Cómputo del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil en caso de proceso penal previo.—La acción civil sobre el hecho que motiva la apertura de un proceso penal no puede ejercitarse hasta que sea resuelta la cuestión penal, bien sea por sentencia o por auto de sobreseimiento

firme (arts. 111 y 114 LECrim); consiguientemente, no comienza a computarse hasta ese momento la prescripción de la acción. Por tanto, mientras el proceso penal esté subsistente –cualquiera que sean las personas implicadas–, la víctima de un daño derivado de los hechos objeto del proceso penal no puede formular demanda civil ni contra ellas, ni contra otras distintas, siempre, eso sí, que el proceso penal y el civil correspondiente versaran sobre el mismo hecho y se asentaran sobre iguales presupuestos (SSTS de 12 de abril de 2004 y 7 de febrero de 2006).

Seguro de responsabilidad civil frente a terceros. Exclusión de los asalariados del tomador del seguro.–El Tribunal Supremo considera que la cláusula de un seguro de responsabilidad civil frente a terceros, conforme a la que se define expresamente a los terceros como cualquier persona física o jurídica «distinta de los asalariados y personas que, de hecho o de derecho, dependan del tomador del seguro o del asegurado, mientras actúen en el ámbito de dicha dependencia», delimita y no limita el objeto y el ámbito del seguro. Por ello, no puede aplicarse a este tipo de cláusulas el tratamiento que prevé el artículo 3 LCS (necesidad de que sean destacadas de modo especial y aceptación específica por escrito).

Pluralidad de responsables del hecho dañoso. Responsabilidad de la aseguradora de uno de ellos.–Cuando en la producción del daño existen varios agentes, sin que sea posible especificar el grado de participación de cada uno de ellos, la responsabilidad frente a la víctima es solidaria entre los mismos. Ahora bien, si resulta condenada también solidariamente la aseguradora de uno de los responsables, ésta no responderá de más de lo que, de acuerdo con la condena, deba hacer efectivo su asegurada.

Interpretación del artículo 20 LCS y del concepto de justa causa.–Son numerosas las sentencias en las que se interpreta lo que debe entenderse por justa causa en el contexto del artículo 20 LCS (v. gr., SSTS de 8 de noviembre de 2004 y 21 de diciembre de 2005). En este sentido, el Tribunal Supremo considera que la posible iliquidez de la indemnización no exonera a la compañía aseguradora de acudir a algo tan simple y efectivo para liberarse del pago como es el ofrecimiento de pago y, en su caso, la consignación judicial de lo que se entendía adecuado.

Doctrina de los actos propios. Requisitos.–Para aplicar el efecto vinculante de la doctrina de los actos propios es necesario, por un lado, que los actos considerados sean válidos, resulten probados, provengan de una determinación espontánea y libre de la voluntad y se exterioricen de forma expresa o tácita, pero de modo indubitable y concluyente. Por otro lado, es preciso que estos actos tengan una significación jurídica inequívoca, de manera que exista una incompatibilidad o contradicción entre la conducta desarrollada y la pretensión ejercitada. Con ello, lo que se pretende es que en ningún caso puedan contradecir a los anteriores, provocando una situación de incertidumbre que desconcierte a terceros afectados por los mismos y que rompa el principio de confianza y de buena fe que debe presidir las relaciones privadas, de acuerdo con el artículo 7 CC. (STS de 1 de febrero de 2007; ha lugar en parte al recurso de los demandantes, no ha lugar al recurso de los demandados.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.–Un obrero falleció en un accidente mientras trabajaba en la construcción de un edificio. La grúa instalada en la obra se desprendió de su base, se precipitó sobre el inmueble y cayó sobre el trabajador. La empresa que promovía la obra, a su vez,

había subcontratado la construcción con otra empresa, propietaria de la grúa. No obstante, la empresa promotora se había reservado la dirección técnica de la obra, por lo que realizaba visitas periódicas de inspección y control de las obras y quedó encargada igualmente de solicitar de la Administración los permisos necesarios para la puesta en funcionamiento de la grúa causante del siniestro.

Instruidas diligencias penales por estos hechos, sólo se personó como perjudicada la madre del trabajador. En el juicio de faltas que siguió, recayó sentencia absolutoria, que fue confirmada por la Audiencia Provincial en sentencia de 10 de diciembre de 1994. Posteriormente, el 3 de noviembre de 1995, ambos progenitores del fallecido interpusieron demanda de responsabilidad extracontractual contra la empresa promotora y su aseguradora, la empresa constructora (subcontratista) y su aseguradora, contra la aseguradora de la responsabilidad de los profesionales encargados de la dirección superior de la obra, la aseguradora de la responsabilidad civil profesional de los técnicos intervenientes en la construcción y contra el instalador de la grúa. En su demanda solicitaban que se declarara la responsabilidad solidaria de todos los demandados y la condena a la indemnización que solicitaban, indemnización que, en el caso de las aseguradoras debía, incrementarse en el veinte por ciento, de acuerdo con el artículo 20 LCS.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó solidariamente a la empresa constructora y a su aseguradora al pago de parte de la indemnización solicitada por los demandantes, más los intereses del veinte por ciento a cargo de esta última. Contra la sentencia interpusieron recurso de apelación tanto los demandantes, como la empresa constructora y su aseguradora. La Audiencia Provincial estimó parcialmente ambos recursos, resultando de ello la absolución de la aseguradora de la constructora –por estimar que el contrato de seguro sólo cubría la responsabilidad civil frente a terceros y no frente a los profesionales de la obra–, así como la estimación de la excepción de prescripción de la acción ejercitada por el padre del fallecido y la condena solidaria de la constructora, la promotora y la aseguradora de esta última al pago a la madre de parte de la indemnización solicitada, sin incluir los intereses del artículo 20 LCS. Esta sentencia fue recurrida en casación por los progenitores del fallecido, así como por la empresa promotora y su aseguradora. El Tribunal Supremo estimó parcialmente el recurso de los progenitores y desestimó los otros dos recursos. (A. M. M.)

67. Responsabilidad extracontractual. Accidente debido a la falta de cuidado de una estación de servicios, que permitió que se filtrara combustible al sótano del local contiguo. El plazo de prescripción comienza a contarse desde que se notifica el auto de sobreseimiento libre a la hoy demandante.—Atendida esta reiterada jurisprudencia ha de tenerse, en este caso, como día inicial para el cómputo del plazo de prescripción de un año del artículo 1968.2.º del CC, el día 7 de noviembre de 1995 en que el Juzgado de Instrucción de Gernika-Lumo notificó, personalmente, a la hoy actora y recurrente el auto de sobreseimiento libre dictado por la Audiencia

Provincial en el proceso penal. La notificación hecha en la persona del Letrado don José Ricardo Palacio no tiene la virtud interruptora del plazo prescriptivo que le da la Sala de instancia; aunque el citado Letrado había intervenido en defensa de la aquí actora en las diligencias penales seguidas ante el Juzgado de Instrucción y fue esa parte la que recurrió en apelación ante la Audiencia, aquél no ostentaba ante ésta la representación de la señora María Purificación. En el recurso de apelación contra los autos del Juez de Instrucción en el procedimiento abreviado, la fase de alegaciones tiene lugar ante el propio Juzgado (art. 787.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sin que las partes hayan de personarse ante la Audiencia que resuelve a la vista de las alegaciones de las partes ante el Juzgado. La notificación del auto de sobreseimiento al repetido Letrado no puede encontrar amparo en el artículo 788.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, referido a la defensa del imputado; tal notificación carece, se repite, de *virtualidad interruptiva* por no tratarse de notificación personal a la actora en este procedimiento.

Nexo causal entre la conducta omisiva de los demandados y el resultado lesivo, sin perjuicio de que concurriera la culpa de la víctima.—Como señala la sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2006, cuando en la producción de un daño puede haber incidido una pluralidad de causas, no es suficiente la acreditación de que se ha sufrido realmente aquél detimento personal o patrimonial para la imputación de responsabilidad a cualquiera de los sujetos que han llevado a cabo una de las conductas antecedentes o a todos ellos, pues no todos los acontecimientos que preceden al evento dañoso tienen la misma relevancia, se hace preciso demostrar, en efecto, la existencia de un nexo causal entre los actos llevados a cabo por las personas contra las que se dirigió la demanda y la lesión o perjuicios inferidos y que la relación de causa a efecto no ha sido interrumpida por la intervención de otros sujetos.

Establece la sentencia de 16 de mayo de 2001 que «esta Sala se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o eficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión –causa- y el daño o perjuicio resultante –efecto- pero siempre termina afirmando que opta por soluciones que permitan valorar en cada caso que el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las conductas o circunstancias que el buen sentido señala en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal»; asimismo tiene declarado esta Sala que no cabe considerarse como no eficiente la causa que, concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de esta última (sentencia de 24 de mayo de 2004 y las en ella citadas).

Desde estos parámetros valorativos, ha de afirmarse la existencia de un nexo causal directo entre la conducta omisiva de Canal Motor, S. A., y de su administrador don Jesús Carlos y el resultado lesivo acaecido, pues la causa de la acumulación de gases altamente combustibles en el sótano en que se produjo la explosión, es a ellos imputable.

Es cierto que a dicho evento dañoso concurrió causalmente la conducta de la propia víctima que, no obstante su condición de experto, permitió que le acompañasen en su labor de inspección personas legas en la materia; bien sea, por una actuación directa del fallecido en la provocación del foco de ignición, o porque éste lo produjese alguna de las personas que, negligente-

mente, permitió que le acompañasen, la víctima contribuyó a la producción del resultado aunque no de forma que interrumpiese el curso causal de los hechos imputados a los codemandados condenados en la primera instancia.

(STS de 9 de febrero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—La falta de cuidado de una estación de servicios dio lugar a su estado corrosivo, encontrándose con perforaciones que permitieron la salida de los combustibles almacenados y su llegada al sótano del local contiguo, cuyo propietario realizó negligentemente una labor de inspección que contribuyó a la producción del luctuoso resultado. La viuda de la víctima demandó a ocho personas cuando no había transcurrido aún un año desde que la demandante fue notificada del auto de sobreseimiento del procedimiento penal, pero más de un año después desde que el sobreseimiento fuera comunicado al que fue abogado de la hoy demandante. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al dueño de la estación de servicios, al administrador de la misma, al Gobierno vasco y otra persona más a indemnizar a la demandante y absolviendo a los otros demandados. Interpuesto el recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estimó, desestimando íntegramente la demanda por apreciar la prescripción de la acción. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, confirmando la sentencia del juez de primera instancia. (M. C. B.)

68. Responsabilidad extracontractual derivada de accidente pirotécnico en festejo popular. El juez puede fijar la indemnización en su sentencia, a pesar de que el demandante hubiera solicitado que se cuantificara en la ejecución de sentencia.—El principio de congruencia no impide en este punto que la respuesta judicial se produzca con flexibilidad (STS de 18 de marzo de 2004), de modo que cuando se estima que es imposible la fijación del quantum o incluso de las bases de la liquidación, el artículo 360 de la Ley de Enjuiciamiento Civil [LEC 1881], aplicable a este proceso por razones temporales, permite dictar la condena a reserva de fijar su cuantía y hacerla efectiva en ejecución de sentencia. Es, pues, facultad discrecional del tribunal de instancia diferir a la ejecución de sentencia las determinaciones de la cuantía o saldos de liquidaciones que deben practicarse por las partes. A la inversa, dicha facultad permite fijar la cuantía en la propia sentencia si se cuenta con elementos para ello a juicio del tribunal de instancia en el ejercicio de las facultades de valoración de la prueba que le son propias. Como dice la STS de 21 de julio de 2000, acordar si una cantidad está determinada, o debe determinarse en período de ejecución de sentencia, pertenece al campo de la *quaestio facti* [cuestión de hecho], que no tiene acceso a la casación por el cauce de incongruencia.

Aplicación a otros sectores de la actividad del baremo que se aplica en la tasación de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor.—En virtud de este principio (que informa los precedentes de esta Sala sobre inadmisibilidad de recursos o motivos de casación fundados en la falta de aplicación analógica del sistema de tasación legal de daños corporales derivados de accidentes de circulación: vgr., ATS de 5 mayo 1998, recurso de casación núm. 2418/1997 y STS de 19 de mayo de

2006), la jurisprudencia más reciente (rectificando criterios iniciales) ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la tasación legal, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del *preium dolores* y las consecuencias patrimoniales derivadas de daños corporales acaecidos en otros sectores de la actividad, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso (STS 11 noviembre de 2005, recurso de casación núm. 1575/99, de 10 de febrero y la citada de 19 de mayo de 2006).

Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad; aunque, como recuerda la STS de 10 de febrero de 2006, su reconocimiento está muy lejos de admitir la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación analógica de las normas de tasación legal con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC, puesto que la fijación y determinación de determinadas cuantías en el ejercicio de funciones de apreciación o valoración por el juzgador de las circunstancias concurrentes en cada caso, difícilmente previsibles en particular por el legislador, constituye una facultad que entra de lleno en la potestad o función jurisdiccional que atribuye el artículo 117.1 de la Constitución a los jueces y magistrados y, por otra parte, como ha subrayado el Tribunal Constitucional, la existencia de distintos sectores de la actividad social en que puede producirse la actividad dañosa determina la existencia de distinciones objetivas y razonables que justifican la posible desigualdad derivada de la existencia en algunos de ellos e inexistencia en otros de criterios legales de valoración del daño (SSTC 181/2000, 241/2000, 242/2000, 244/2000, 267/2000, 21/2001, 37/2001, 9/2002, 19/2002, 49/2002, 102/2002 y 104/2005, entre otras muchas), circunstancia que por sí sola impide afirmar que entre unos y otros sectores exista identidad de razón en la fijación de las indemnizaciones consecuencia de la actividad productora de daño en cada uno de ellos.

Cuantificación y actualización de los daños corporales causados.—En el caso examinado la comparación con los criterios establecidos en el sistema de tasación legal correspondiente a los daños causados como consecuencia del uso y circulación de vehículos de motor en relación con los daños corporales sufridos por el demandante —según la descripción de los que la sentencia estima acreditados de acuerdo con la prueba practicada—, ponen de manifiesto la existencia de una desproporción en la indemnización fijada, puesto que, teniendo en cuenta la fecha de la sentencia de primera instancia, que se toma como punto de referencia para la fijación de la indemnización en función del principio de deuda de valor —dado que la sentencia recurrida toma en consideración esa fecha, aplicando a partir de ella los intereses procesales del artículo 1921 LEC 1881— se advierte que las previsiones de la tabla VI del Anexo de valoración introducido por la Ley 30/1995, aplicable a la sazón con las actualizaciones correspondientes, para la amputación de la mano a nivel de metacarpiano y con carácter unilateral, en concurrencia con la limitación de la movilidad de la muñeca, en relación con la tabla III, habida cuenta de la edad del menor en el momento del accidente, arrojan una cuantía próxima a los 10 millones de pesetas, a lo que cabría añadir, teniendo en cuenta la trascendencia de las cicatrices sufridas y la necesidad de operaciones y de implantación de una prótesis, una puntuación correspondiente a perjuicios estéticos de carácter importante, que a su vez arrojarían un importe adicional

superior a los 3 millones de pesetas, los cuales, unidos al factor de corrección previsto e la tabla III de incapacidad parcial de carácter permanente, mínima que puede aplicarse al accidentado a tenor de las circunstancias, permitiría elevar la cantidad fijada en una cuantía máxima de 2.064.000 pesetas, con lo cual el resultado final, añadiendo la indemnización por días de baja con arreglo a la tabla V, giraría en torno a los 15 millones de pesetas.

Estas consideraciones, teniendo en cuenta que el carácter orientativo de las normas sobre valoración de los daños corporales por accidente de circulación que opera como presupuesto de la estimación de este motivo, circunstancia que no obliga a atenerse estrictamente al mismo, permite considerar equilibrada una cantidad de 90.000 €, dadas las circunstancias de la reducida edad del menor y la proyección sobre su vida futura de la amputación sufrida en términos de pérdida de oportunidades, sin perjuicio de lo que se dirá en el siguiente fundamento en cuanto a la aplicación del principio de concurrencia de conductas y la consiguiente moderación del importe total de la indemnización.

Dado el carácter de deuda de valor de la indemnización establecida, que ha sido calculada con arreglo a la fecha de la sentencia de primera instancia, resulta procedente su actualización a la fecha de esta sentencia con arreglo al IPC, sin perjuicio del abono de los intereses procesales a partir de este momento.

Fijación de la compensación de culpas derivada de la negligencia de la víctima.—A los demandados les es imputable una omisión concreta y específica de medidas de seguridad que debieron adoptar y no adoptaron y que adquirió relevancia respecto del resultado en virtud de un descuido evidente que se añadió a dicha omisión. La relevancia de esta omisión y posterior descuido, a efectos de la imputación objetiva de la responsabilidad, resulta de un grado muy elevado en relación con los posibles accidentes por acceso de menores a los explosivos, dadas las circunstancias existentes, que la sentencia describe, de concurrencia de menores por la zona a los que resultaba «especialmente permeable», el cierre del recinto, lo que comporta que, resultando atractiva la manipulación de los explosivos para los menores, era previsible que su abandono podía originar accidentes. Por el contrario, al menor accidentado únicamente se le imputa el conocimiento de la peligrosidad de los artificios que cabe presumir dada su edad, por lo que resulta evidente que la relevancia causal de su conducta resulta notoriamente inferior, dado que a dicha edad cabe suponer aún en el menor de edad, junto con cierta autonomía respecto a los titulares de la patria potestad, un grado considerable de inclinación lúdica y desprecio de los peligros, y, en consecuencia, la distribución al 50% de la responsabilidad comporta un desconocimiento de la relevancia primordial de la conducta de los demandados. El juicio acerca de la distribución de responsabilidades a que este razonamiento conduce en la sentencia impugnada debe ser, en consecuencia, revisado en casación y debe ser sustituido (ya que no es posible apreciar la falta de nexo causal que concurriría en edades inferiores: STS de 26 de marzo de 2004) por una moderación de la responsabilidad que corresponde a los demandados en una proporción del 10%, que esta Sala estima adecuada a la relevancia causal respectiva de las conductas de los demandados y de la víctima. (**STS de 20 de diciembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Un menor, de 13 años de edad, resultó gravemente lesionado al manipular un cohete, que explosionó después de haber-

lo retirado de un lugar en el que no había vigilancia adecuada. La madre del menor, actuando en representación de su hijo, demandó al Ayuntamiento del lugar, a la Comisión Directiva de la Falla y a la Compañía Aseguradora en solicitud de la indemnización por los daños corporales causados. El juez de primera instancia estimó íntegramente la demanda, condenando a los demandados a que abonasen solidariamente la cantidad que se fijase en ejecución de sentencia. Interpuestos diversos recursos de apelación, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el presentado por la Compañía Aseguradora, en el sentido de deducir la franquicia pactada y fijó el importe de la indemnización. La madre del menor interpuso recurso de casación y el Tribunal Supremo declaró haber lugar al mismo, con aumento de la cuantía de la indemnización y reducción del porcentaje atribuido a la concurrencia de culpa del menor. (L. F. R. S.)

69. Interrupción de la acción civil por el seguimiento de causa penal.—«Son distintos los hechos por los que se siguió el proceso penal y los que sustentaban la posterior demanda civil, a excepción de la acción ejercida contra el Director Gerente, ya que respecto del mismo, sí cabe considerar que el proceso penal produjo los efectos interruptivos de la prescripción a que se ha hecho referencia, pues allí se le imputaba, como también se ha hecho en la demanda civil, la falta de contratación de aval bancario suficiente o contrato de seguro que garantizara la devolución del importe de las cantidades recibidas para destinar a la construcción.»

Responsabilidad civil.—«La omisión por el demandado de una obligación legal, cual era la que le imponía garantizar mediante aval bancario o contrato de seguro la devolución de las cantidades anticipadas por los cooperativistas, ha causado a éstos un daño evidente derivado de la pérdida de dichas cantidades.»

Improcedencia del daño moral.—«No cabe extender el daño moral a cualesquiera supuestos. Según sentencia de 31 de octubre de 2002 *no cabe alegarlo siempre que se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial*. (STS de 7 de febrero de 2006; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Los actores, los Sres. D. Luis L. M. y otros, integrados en la Cooperativa de Viviendas «Padre Pérez del Pulgar», interpusieron una demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra los miembros del Consejo Rector, en ejercicio de una acción de responsabilidad que se afirmaba contraída por los miembros del Consejo Rector en el ejercicio de su cargo, interesando que se les condenara solidariamente a indemnizarles los daños y perjuicios por sus actos y omisiones, que consideraban muy graves, y que cifraban en la cantidad desembolsada por cada uno de ellos para la construcción de las viviendas proyectadas, más el interés del doce por ciento y un tanto igual a la referida cantidad más el interés devengado en concepto de daño moral. Con fecha 4 de febrero de 1982, el demandado Don Juan Luis F. E., Director Gerente de la Cooperativa, celebró en representación de ésta un contrato de compraventa del solar en que había de llevarse a cabo la construcción

del edificio proyectado por la Cooperativa, figurando como vendedor Don Carlos S. B., que actuaba en representación de los propietarios del solar. Desde ese momento, los demandantes hicieron entrega de diversas cantidades a la Cooperativa, que se destinaron al pago del precio del solar. Ante la falta de cooperativistas en número suficiente para sufragar el precio del referido solar, se celebró un nuevo contrato con fecha 1 de septiembre de 1983 entre las mismas partes en el que intervino, además, don Antonio P. A., en virtud del cual se dio por resuelto el anterior contrato, y con la finalidad de que los cooperativistas obtuvieran las viviendas y plazas de garaje previstas, la Cooperativa cedía al Sr. Antonio P. A. los derechos del expediente de calificación de viviendas de protección oficial y compró a éste veintiséis viviendas y otras tantas plazas de garaje. Ante la falta de obtención de las viviendas y plazas de garaje, los actores ejercieron una acción penal contra Don Juan Luis F. E., contra Don Carlos S. B. y Don Antonio P. A. por presuntos delitos de estafa y apropiación indebida. El Juzgado de Primera Instancia n.º55 de Madrid desestimó la demanda por considerar que la acción había prescrito con anterioridad, y recurrida en apelación dicha sentencia, la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de primera instancia. Los actores interpusieron recurso de casación, que fundamentaron en los siguientes motivos: infracción del artículo 1973 CC; aplicación indebida del artículo 1969 CC; infracción de la doctrina jurisprudencial que establece la interrupción de la prescripción por la acción de pendencia de proceso penal; e infracción de la doctrina jurisprudencial sobre interpretación restrictiva de la prescripción. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso y declara interrumpida la prescripción respecto a uno de los demandados con motivo del proceso penal seguido contra el mismo. (E.C.V.)

70. Responsabilidad médica. La demora en diagnosticar las nuevas dolencias, tras la práctica de un intervención de riesgo medio-alto, supone infracción de la *lex artis ad hoc*.—Las complicaciones derivadas de la intervención se presentaron inmediatamente, una vez finalizada la operación, lo que prueba que hubo un actuar negligente pues era previsible que las complicaciones surgidas en el postoperatorio inmediato trajeran causa de una operación que por sus concretas circunstancias, era originadora de un riesgo importante. Desde la aparición de la sintomatología, el diagnóstico y tratamiento debió ser lo más precoz posible para garantizar la recuperación sin secuelas del paciente desde la idea de que el retraso supone empeorar el pronóstico y las posibilidades de recuperación.

Consentimiento informado del paciente. Condiciones de validez de su cumplimiento. Efectos de su incumplimiento.—El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la «lex artis» y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS de 23 de julio de 2003 y de 21 de diciembre de 2005), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, y se contempla en la Ley como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el

proceso asistencial, a fin de que pueda adoptar la solución que más interesa a su salud. Y hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado. Por esta razón no sirve el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado (SSTS de 27 de abril de 2001 y de 29 de mayo de 2003). Son documentos inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pero no le proporcionan la información que le interesa y exige la norma (STS de 15 de noviembre de 2006). Sin embargo, el mero incumplimiento de este deber no genera derecho a indemnización, a no existir un daño real y efectivo; en cuyo caso no pasaría de constituir una simple infracción de los deberes profesionales. (STS de 21 de diciembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—A consecuencia de un accidente laboral el actor sufrió diversas lesiones en las vértebras lumbares, de las que fue atendido por el demandado Dr. F. Tras las exploraciones pertinentes don F. Intervino quirúrgicamente a don A. para evitar que tales lesiones afectaran a la médula espinal. En el postoperatorio aparecieron síntomas de agravación de las lesiones, por lo que un mes después de la primera fue sometido a una segunda intervención, procediendo a limpiar la zona de un hematoma y a cambiar y recortar un fragmento del injerto previamente colocado. Como resultado de estas complicaciones, surgidas a consecuencia de la primera operación, don A. quedó con diversas secuelas permanentes. El actor demanda al Dr. F y a la compañía aseguradora W.,S.A. pidiendo la condena solidaria al abono de una indemnización de 85.000.000 pts. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial de Girona acogió parcialmente el recurso de apelación del actor y condenó solidariamente a los demandados al pago de 60.000.000 pts. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación de los condenados, pero sólo en cuanto a la condena en costas; dejando incólume el resto de los pronunciamientos de la sentencia combatida. (C. O. M.)

71. Responsabilidad extracontractual. Profesionales sanitarios.
Culpa. Carga de la prueba.—La responsabilidad del médico en virtud del artículo 1902 del CC solo puede fundarse en su culpa o negligencia, razón por la que habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inadecuadas, pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si hay una causa que explica la producción del resultado (SSTS 23 de marzo de 2002; 11 de abril 2002; 21 de octubre 2005).

En la valoración de la conducta del profesional sanitario queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba. Por tanto, el paciente tiene la carga de la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo, *«lex artis ad hoc»* (SSTS 8 de sep-

tiembre de 1998; 26 junio 2006); (**STS de 14 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El día 30 de marzo de 1989, Doña Elena fue intervenida quirúrgicamente de un bocio recidivado, practicándose tiroidectomía subtotal, respetando un pequeño trozo del lóbulo superior izquierdo. Veinte años antes se le había practicado una tiroidectomía parcial, a resultas de la cual le quedaron diversas secuelas, distintas de las que sufre a partir de la segunda intervención (hipotiroidismo y parálisis de la cuerda vocal derecha por afectación del nervio recurrente). Como consecuencia de estos hechos, Doña Elena formula demanda contra Don Eduardo, Don Antonio y el INSALUD. Confirmando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la Audiencia Provincial desestima la demanda con el argumento de que «*en modo alguno ha resultado probado que las secuelas que quedaron a la demandada hayan sido debidas a la utilización de una técnica defectuosa en la práctica de la intervención quirúrgica a que fue sometida*».

NOTA.—La parálisis recurrente de la cuerda vocal es una complicación previsible en la cirugía tiroidea, que trae causa de una inadecuada identificación del nervio durante la intervención, y que en la mayoría de los casos resulta de una inadecuada extensión de la cirugía realizada en primer lugar, provocando una disfonía que puede ser leve cuando se compensa por la cuerda vocal del otro lado, o grave o muy grave con disfonía completa. El TS descarta en la sentencia anotada que hubiera culpa teniendo en cuenta tres factores: «*1.º) la difícil localización del nervio y despegamiento, consecuencia de la intervención anterior del bocio, pues si bien se visualizan ambos recurrentes, no es sencilla la disección; 2.º) Se trata de una intervención necesaria para eliminar un mal mayor del que padecía la propia demandante, y 3.º) Aunque implica una pérdida fisiológica, no produce dificultad respiratoria, ni afecta de manera importante a la fonación, ya que la cuerda vocal izquierda compensa la parálisis de la cuerda vocal derecha*».

El Alto Tribunal destaca en esta sentencia que en la demanda no se hizo referencia alguna a ningún acto de los profesionales médicos que pudiera considerarse negligente, tampoco a través de la prueba era posible reprocharles que utilizaran una técnica quirúrgicamente incorrecta, ni presumir a partir del resultado dañoso, con origen en una intervención de riesgo en la que el paciente fue informado previamente, que algo se dejó de hacer, o se hizo mal, de modo que con otro comportamiento, más ajustado a la «praxis» médica, se hubiera evitado o limitado la entidad del resultado lesivo (STS 2 de julio 2002 [RJ 2002, 5514]). Por consiguiente, aunque sin duda el daño existió, para el Alto Tribunal no es posible poner este daño a cargo del facultativo. (M. C. L. J.)

72. Diligencia exigible al médico en el control de la ficha técnica del medicamento.—La Ley del Medicamento, en su artículo 19, hace referencia a la ficha técnica, no dirigida al usuario, sino al médico y al farmacéutico. «Conocer los efectos negativos para la salud de la paciente vinculados al

tratamiento aplicado y no adoptar las medidas oportunas, siendo así que, como profesional de la medicina, conoce a la enferma y la enfermedad, y sabe las indicaciones contenidas en la ficha técnica del medicamento, y los males que podía generar en el curso de su evolución, es un comportamiento contrario a la diligencia propia del acto médico.»

Vigencia de la póliza.—«El contrato estaba vigente al momento de producirse los daños, y ello es suficiente para obligar a la aseguradora a hacer frente a los mismos dentro de los límites de lo pactado, aunque la denuncia se produzca más tarde (cuando la póliza ya no está vigente), pues ello afecta al ejercicio del derecho y sus consecuencias, y no a su nacimiento.» (**STS de 8 de febrero de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Doña M. M. S. interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra el facultativo D. R. P. F. así como contra su Compañía Aseguradora, Allianz, ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Valencia. La actora fue atendida en junio de 1991 por el facultativo demandado, el cual le prescribió un medicamento al padecer una hipertensión severa. En septiembre de ese mismo año, modificó el tratamiento. En esas mismas fechas, dado que la actora presentaba un cuadro de decaimiento, y al no encontrarse bien, sus familiares llamaron al Dr. R. P. F., quién acudió a su domicilio, y al observar que estaba siguiendo tratamiento dado por un psiquiatra, se abstuvo de recetarle, limitándose a tomar la tensión de Doña M. M. S. A finales de septiembre de ese año, la demandante cayó al suelo, presentando un habla gangosa. Llamado el médico de urgencia, restó importancia a la caída. En cambio, vista por otros dos médicos de urgencia, fue ingresada en el Hospital Clínico Universitario, siéndole diagnosticada una hiponatremia en volémica que la precipitó en una incapacidad física de grado IV, necesitando ayuda para casi todos los actos de la vida diaria. La sentencia del Juzgado desestimó las pretensiones de la actora, y fue recurrida en apelación, condenándose en esa instancia a Don R. P. F. y a la Compañía de Seguros a indemnizarla conjunta y solidariamente por los daños y perjuicios materiales y personales causados. La sentencia imputó al Dr. R. P. F., de un lado, no haber sabido interpretar los síntomas que padecía la demandante cuando en el mes de septiembre de 1991 acudió a visitarla a su domicilio, asociando su estado a un cuadro depresivo, sin acordar la práctica de analítica alguna, ni relacionar el mismo con el tratamiento diurético que le estaba administrando; y de otro, omitir determinadas exigencias contenidas en el prospecto del medicamento que le recetó, a las que debió atender, efectuando un reconocimiento más completo. La Compañía Aseguradora interpuso recurso de casación que fundamentó en los siguientes motivos: vulneración del artículo 1281 párrafo 1.º del CC, al interpretar incorrectamente las condiciones particulares de la póliza suscrita entre Allianz Ras y el Colegio de Médicos de Valencia; e infracción del artículo 1285 por inaplicación indebida. Por la representación procesal de D. R. P. F. se interpuso recurso de casación por considerar infringido el artículo 1902 del CC y la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo en esta materia. Ambos recursos fueron desestimados. (E.C.V.)

73. Responsabilidad extracontractual: culpa del establecimiento sanitario: infección hospitalaria: secuelas por intervención oftálmica: prueba pericial: valoración.—No puede atribuirse un valor inconcusso a las conclusiones de los dictámenes médicos, puesto que la función del perito es la de auxiliar al Juez, ilustrándolo sobre las circunstancias del caso, pero sin privar al juzgador de la facultad de valorar el informe judicial, la cual está sujeta a los límites inherentes al principio constitucional de proscripción de la arbitrariedad, al mandato legal de respetar las reglas de la lógica que forman parte del común sentir de las personas y a la obligación de motivar las sentencias; estas facultades de valoración son inherentes al ejercicio de la potestad jurisdiccional y están justificadas por las posibles discrepancias hermenéuticas provenientes del nivel relativo alcanzado por la ciencia, del diverso grado de conocimiento que sobre ella tienen los distintos peritos, de la posibilidad de que el dictamen se ajuste con mayor o menor rigor al método científico y formule conclusiones asequibles de ser apreciadas desde el punto de vista de su posible refutación o aceptación general y frecuencia estadística, y de la necesidad de que el juez considere las aportaciones de los expertos en su conexión con la realidad social que debe ser tenida en cuenta en la interpretación de las normas, y desde el punto de vista de su transcendencia jurídica en armonía con los principios y valores que informan el ordenamiento jurídico en su conjunto. En el presente caso, la valoración crítica de los dictámenes periciales, en relación con el conjunto de las pruebas apor- tadas, afirma: *a) que se produjo una infección causada por la bacteria *stafilococo aureus* resistente en el interior del Hospital Virgen del Rocío, la cual existe en el medio hospitalario; b) que consta que la contaminación de dicha bacteria fue una infección quirúrgica que provocó la pérdida de la visión del ojo izquierdo; c) que aparece acreditado que en dicho centro se ha producido en relación de causa a efecto un daño al actor; y d) que el daño ocurrió en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en la visión del ojo, por la concurrencia, al menos de un factor exógeno, como fue la infección de la bacteria mencionada. En consecuencia, no se han infringido las reglas de la sana crítica a que se refiere el artículo 632 Lec. 1881.*

Nexo de causalidad.—*a) De la declaración de hechos probados se desprende que concurre un nexo fenomenológico entre la actuación del servicio hospitalario y el daño producido como consecuencia de un infección sufrida por una bacteria que, con un grado de probabilidad cualificada, suficiente para entender establecido el nexo de causalidad, se encontraba en el hospital, como demuestra que se había hecho resistente por la administración de antibióticos; y b) El daño producido resulta imputable al servicio hospitalario, por cuanto era éste el que, en una posición de dominio y exclusividad, estaba obligado a instrumentar las medidas profilácticas adecuadas para evitar la contaminación, y, en último término, las medidas diagnósticas posteriores encaminadas a la detección de la infección y a su tratamiento. La adopción de estas medidas hubiera evitado objetivamente el daño, por lo que concurre nexo de causalidad su omisión y la producción de éste.*

Criterio de imputación: protección de consumidores.—No se trata de que se acuda a criterios de imputación de carácter objetivo, pues la responsabilidad en estos casos se funda en la falta de una actuación diligente o de medidas de prevención o de precaución, independientemente de que la omisión pueda residenciarse en un sujeto determinado: y tampoco de una inversión de la carga de la prueba, puesto que la exigencia de responsabilidad no comporta imputar las consecuencias desfavorables a una de las partes, sino

admitir que existen hechos cuya evidencia queda demostrada por sí mismos (*res ipsa loquitur*) en tanto no sean refutados. Bien entendido que la aplicación en algunas sentencias de esta Sala de la doctrina del daño desproporcionado no comporta, en sentido propio, un criterio de imputación por responsabilidad objetiva. A su vez, la invocación por diversas sentencias de la LGDCU respecto de los servicios sanitarios - que debe proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos . tiene un sentido análogo al que resulta de los criterios que esta Sala viene aplicando (así en SSTS, entre otras, de 01.07.97, 09.06.98, 26.11.99, 05.02.01, y 18.03 y 26.03.04) ya que el artículo 26 de aquélla establece la responsabilidad de los productores o suministradores o servicios por los daños y perjuicios ocasionados «a menos que conste o se acredite que se han cumplido debidamente las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del producto, servicio o actividad», y el artículo 28 vincula la derivada de los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios al hecho de que «por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario». El principio culpabilístico al que se articula la responsabilidad extracontractual en el CC, no se opone a un criterio de imputación que se funda en la falta de diligencia o de medidas de prevención o de precaución que, al hilo de la normativa específica de protección de los consumidores, debe entenderse ínsita objetivamente en el funcionamiento de un servicio cuando éste se produce de forma diferente a lo que hay derecho y cabe esperar de él en tanto no concurran circunstancias exógenas aptas para destruir este criterio de imputación, anteponiendo las legítimas expectativas de seguridad del servicio a la valoración de la conducta del empresario.

Responsabilidad exclusiva del Servicio Andaluz de la Salud.—En el caso enjuiciado no se plantea cuestión alguna en relación con la responsabilidad de los profesionales sanitarios, sino sólo en relación con el S.A.S. Es aplicable el criterio de imputación cifrado en que la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica en un centro hospitalario dependiente de aquél, comprende la evitación de infecciones nosocomiales subsiguientes a la intervención, en tanto no obedezca a uno de los factores de excepción que han sido reseñados. La sentencia impugnada, aunque su argumentación pueda ser discutible en alguno de sus aspectos, se atiene en resolución a este criterio, por lo cual no puede apreciarse la infracción que se denuncia; por otra parte, no se apoya únicamente en los preceptos de la LGDCU, sino también en el artículo 1903 CC, suficiente para fundamentar el juicio de responsabilidad formulado; la desestimación del motivo se justifica en el principio de la equivalencia de resultados, que se funda en el principio de economía procesal y en el respeto al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, proscribe estimar un motivo de casación que carezca de efecto útil, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, ya que hacerlo comportaría sacrificar el *ius litigatoris* al *ius constitutionis*, rompiendo el equilibrio que debe existir entre ambos, expreso en el principio anglosajón *cases or controversies* (el proceso judicial solo puede versar sobre un caso o controversia verdadera e inmediata), e implícito en nuestro Derecho en la concepción de la jurisdicción como

potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, incluida la función de casación que corresponde a este Tribunal como órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes.

Costas en primera instancia: Vencimiento.—La existencia de una sustancial discrepancia entre la solicitud de la suma solicitada a título de indemnización y la cantidad concedida debe ser considerada, según reiterada jurisprudencia, como excluyente de una situación del vencimiento del demandado y de la consiguiente imposición de las costas. Sin embargo, en el caso examinado debe estimarse concurrente dicho vencimiento, dado que la oposición de la demanda se fundó de manera sustancial en la negación de la existencia de responsabilidad por no aceptar el carácter nosocomial de la infección, y esta pretensión ha sido rechazada íntegramente (**STS de 5 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G.G.C.)

74. Culpa extracontractual: responsabilidad médica: acción declarativa de negligencia profesional por incumplimiento de normas deontológicas: defecto de jurisdicción.—El defecto de jurisdicción se produce cuando el órgano jurisdiccional ante el que se promovió el litigio deja de conocer el mismo por razón de la materia, por estimar atribuida la competencia a otro de distinto orden, a la Administración, a un Tribunal extranjero o a un árbitro o institución arbitral. En el presente caso la AP no ha dejado de conocer la pretensión ejercitada, dejándola imprejuzgada y difiriendo su conocimiento y decisión a la Administración corporativa - el correspondiente Colegio de Médicos -, como parecen entender los recurrentes, sino que, si bien con cierta imprecisión en sus términos, ha entrado a resolver la cuestión objeto del litigio, rechazando la declaración impetrada en la demanda al considerar que, en esencia, los deberes en cuyo incumplimiento se sitúa el origen de la responsabilidad presentan un neto carácter moral o ético que quedan al margen de aquéllos de carácter jurídico que conforman el más amplio deber de diligencia profesional, y cuya vulneración corresponde analizar a otras instancias - las colegiales -, a quienes incumbe, asimismo, establecer la sanción-consecuencia jurídica del incumplimiento.

Enfermo terminal que pide regreso al domicilio: supuesto incumplimiento de deberes morales y éticos que repercuten en deberes profesionales: doctrina general sobre diferencia entre deberes ético-morales y jurídicos.—Frente a la posición de los recurrentes que se resume en que la actuación de la médica demandada constituye un incumplimiento de sus deberes profesionales, pues el deber de medios que caracteriza la actividad médica no se agota solamente en conocer y aplicar la técnica, sino en cumplir las normas éticas y humanas que imponen el mayor respeto a la dignidad del enfermo, al que hay que amparar también psicológica y moralmente; de forma que, habiendo producido dicho incumplimiento un daño moral al enfermo y a sus familiares, causalmente enlazado con dicha infracción de los deberes profesionales, procediendo, en consecuencia, declarar la responsabilidad de la médica, la Sala 1.^a alude a la no siempre fácil delimitación entre los deberes morales y éticos y los deberes jurídicos o jurídicamente relevantes; asimismo a la determinación y delimitación del contenido de los deberes profesionales del personal facultativo, y si entre las reglas que conforman la *lex artis*, y junto con las de estricto carácter técnico, se encuentran otras de contenido moral, reglas de conducta y comportamiento que trascienden el plano científico para situarse en la esfera del *ethos*, y que se resumen en la actitud del médico en el desarrollo de su actividad ante la

enfermedad y el dolor del paciente, integrando junto con aquéllas el deber de diligencia exigible en la adecuada praxis médica.

Responsabilidad sanitaria como modalidad de la responsabilidad profesional dentro del campo de la culpa extracontractual.—La responsabilidad sanitaria constituye una modalidad de responsabilidad profesional —a su vez, especie dentro del género que constituye la responsabilidad extracontractual— que se caracteriza por la condición profesional del agente y por su mayor intensidad, en la medida en que la actuación médica exige un deber de diligencia superior a la común del buen padre de familia; mayor grado de diligencia que es correlativo a la formación y preparación de quien ejerce la profesión médica al tiempo que se justifica por el destinatario de la actividad, el ser humano, y por su objeto y finalidad, la preservación de la salud, el tratamiento y la prevención de la enfermedad y del dolor; la prestación asistencial presenta, ante todo, un marcado carácter técnico, tratándose de una actividad regulada por las reglas del arte de la profesión, la *lex artis ad hoc*, y, salvo los casos de medicina voluntaria o satisfactiva, se configura como una prestación de medios, no de resultado, que se encamina a la consecución de un fin, la curación del paciente, del cual no responde el facultativo, sino que lo hace exclusivamente de la conveniente y oportuna utilización de los conocimientos y técnicas adecuadas para el logro de dicha finalidad.

Marco jurídico de los deberes profesionales del personal sanitario: su relación con el Código Deontológico.—Dicho marco se integra, ante todo, por la Constitución, artículos 10.1 (que proclama de forma genérica la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social), 43 (que reconoce el derecho a la salud), y 51.1 (que dispone la defensa de los consumidores y usuarios por los poderes públicos, protegiendo la salud de los mismos mediante procedimientos eficaces). El siguiente escalón lo forma el conjunto de preceptos reguladores de la responsabilidad, ya contractual, ya extracontractual, contenido en el CC, y, a partir de ahí, se encuentran la Ley General de Sanidad de 1986 y las diversas leyes especiales que tienen por objeto regular un específico campo o ámbito de la actividad sanitaria (profesiones sanitarias, biomedicina, biotecnología o bioética, utilización de embriones y fetos humanos, utilización de organismos modificados genéticamente, derechos de los pacientes, consentimiento informado etc). Ahora bien, este marco normativo y, por tanto, el contenido del deber profesional que regula, no se encuentra de espaldas al conjunto de normas de carácter moral que forma el Código Deontológico o de conducta profesional. Que tales reglas, por su contenido ético o moral, carezcan, en sí mismas de fuerza coactiva no significa que no sirvan para configurar principios jurídicos que descansan sobre determinados valores o concepciones éticas, que inciden en la praxis médica y sirven para definir el contenido de los deberes profesionales que deben cumplirse en la actividad sanitaria. De este modo, las normas de deontología profesional y los estatutos de los Colegios profesionales que sirven de guía, y, de modo decisivo, no solo para fijar los protocolos de actuación médica, sino especialmente para valorar la conducta del facultativo y su adecuación a la diligencia de un buen profesional, a los dictados, en suma, de la *lex artis ad hoc*. No puede desconocerse que el sistema de responsabilidad por culpa descansa en un concepto ontológico o ético, cual es la diligencia, y que desde la LGS de 1986 y, más recientemente, desde la ley del Paciente de 2002, se aboga por la integración de tales principios morales en el conjunto de reglas que regulan la actividad médica y, por ende, por su integración en el contenido obligacional propio de ella. En el mismo sentido la STS

de 07.02.90 precisa que el médico ejerce su profesión cumpliendo un imperativo deontológico, y la STS de 12.07.94 recuerda que según una muy manejada doctrina científica y jurisprudencial, la Medicina como Arte, como Ciencia y como Técnica, va dirigida a la atención de la humanidad doliente en cuanto su *thelos* no es otro que procurar al enfermo la mayor atención y mejor tratamiento, con objeto de lograr, o, cuando menos, intentar, además de su sanidad tanto material como psicológica, un adecuado y humano amparo psico-asistencial, aun cuando no siempre se consiga dicha esencial finalidad.

Eficacia de los deberes morales en el campo sanitario.—La referida incorporación de los deberes éticos, en forma de principios jurídicos, al deber asistencial de los facultativos no permite considerar que tengan *per se* autonomía para constituir deberes jurídicos exigibles aisladamente del deber profesional en que se integran. La obligación de respeto y de humanidad que proclaman las normas deontológicas, no puede desconectarse de la actividad sanitaria y de su finalidad, que es la procura de la curación y sanación del enfermo, del restablecimiento, y aun del mantenimiento y preservación de su salud, y la evitación del dolor y de los padecimientos que son indeseables compañeros de la enfermedad; de manera que tales reglas de comportamiento se han de proyectar necesariamente sobre los deberes de actuación conforme a la *lex artis* para el logro de esos fines, hasta el punto de que se funden con las reglas de carácter técnico para conformar en su conjunto la *lex artis ad hoc*, sirviendo de guía en la actuación médica y en parámetro de valoración de su comportamiento conforme a las reglas del arte de la profesión, pero en modo alguno expanden el contenido del deber de diligencia del profesional sanitario en función de obligaciones distintas de las que pesan sobre la actuación sanitaria orientada a la finalidad que le es propia. Así, las reglas de orden moral que se incorporan a la prestación asistencial se reflejan en el deber de obtener del paciente el consentimiento informado, en la confidencialidad en la práctica clínica, en las limitaciones al esfuerzo terapéutico, en el deber de no abandonar al paciente y al uso racional de los recursos. En cambio no le es exigible al médico un comportamiento que, más allá del cumplimiento de sus obligaciones profesionales, consideradas, incluso, desde la perspectiva de las modernas ramas de la medicina del dolor o paliativa, y sin que tenga una clara incidencia terapéutica, le imponga conductas cuya finalidad trasciende a la procura de la salud y el bienestar, aun psicológico, del paciente, y que tienden únicamente a confortarlo anímica o espiritualmente o a hacer más benigno el trance de la muerte desde un punto de vista estrictamente humanitario, solidario o espiritual; tales comportamientos no derivan de la *lex artis* ni se enmarcan en la esfera de los deberes profesionales y de la responsabilidad de este carácter, sino que se sitúan de manera decidida en la esfera moral, en cuyo ámbito han de ser valorados.

Facultativo que cumple sus deberes profesionales: falta de prueba del incumplimiento.—En el presente caso, la médica demandada se ajustó a las reglas científicas y técnicas de la profesión y se orientó a paliar los padecimientos y sufrimientos que conllevaba el proceso de insuficiencia respiratoria que sufrió el paciente, así como a evitar posibles complicaciones en su precario estado de salud. Ninguna tacha merece, en este aspecto, el comportamiento de la demandada, y ningún reproche hacen los recurrentes de su conducta, examinada desde esta perspectiva. No se ha probado que, avisada la demandada, el 06.03.97, acudiendo al domicilio, se negara a verlo; lo propio ocurre con el supuesto aviso al día siguiente, con idéntica falta de

prueba, cuya carga correspondía a los actores. No hay constancia de una desatención al paciente, al contrario la médica demandada ha cumplido con los deberes terapéuticos que le imponía una adecuada *praxis*, según el estado del paciente y las circunstancias que le rodeaban, y con el deber más amplio de respeto a la vida humana y a la dignidad de la persona que debe guiar la prestación de la actividad médica, que se ha orientado a cumplir los fines a que debe servir. A partir de estos hechos, no cabe apreciar un incumplimiento de los deberes jurídicos que conforman el más genérico deber de diligencia profesional; cualquier reproche que pudiera merecer su comportamiento queda fuera de la antijuridicidad de la conducta y, en consecuencia, del ámbito de la responsabilidad civil, en la medida en que no se ha incumplido ninguna obligación ni se ha omitido ningún comportamiento que fuera jurídicamente exigible al facultativo, de forma que no cabe reproche culpabilístico alguno, quedando solo, si acaso, el reproche en el orden moral, al que es ajena la jurisdicción y la competencia de sus órganos (**STS de 5 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

NOTA.—La SJPI de 17.11.98 estimó en todas sus partes la demanda presentada por los dos hijos de un enfermo terminal ya fallecido, que estuvo asistido por la médica demandada, sentando en su fallo que «la intervención de la demandada en su asistencia como médico al padre de los actores fue negligente, por vulnerar el Estatuto General de la Organización Médico Colegial y el Código de Ética y Deontología Médica en los artículos citados en el FJ 2.^º de la demanda, al no examinar personalmente al padre de los actores, cuando para ello fue requerida, los días 6 y 7 de marzo de 1997, ocasionando con ello un daño moral, tanto al enfermo como a los actores, hijos del mismo, debiendo estar y pasar la demandada por esta declaración». Obsérvese que no se ejercita una acción de condena, sino meramente declaratoria (supuesto, ciertamente, infrecuente). La AP dictó s. de 30.09.99, revocando la apelada, contra la cual se interpuso recurso de casación que resuelve la s. aquí extractada. El Ponente, ya fallecido al extractar esa s., era un reputado especialista en responsabilidad civil en general, con abundante bibliografía publicada y gran número de sentencias sobre el mismo tema en las que ha sido ponente o ha intervenido. Aunque, en definitiva, el recurso se resuelve por defecto de prueba de los hechos básicos, parece que se quiso aprovechar la ocasión para dictar una sentencia pedagógica profundizando sobre la relación entre normas morales y éticas en el terreno de la Medicina, tema de gran actualidad a nivel de debate público y no poca dificultad por su intrínseca delicadeza.

El transfondo parece reflejar una radical discrepancia entre la decisión del paciente y su familia de *morir en casa*, y la del equipo médico que le estaba asistiendo en el centro sanitario, cuando aquél se encontraba en fase terminal. Quisieron los primeros que el padre retornara a su domicilio, para lo cual solicitaron y obtuvieron el traslado del enfermo al mismo, petición a la que, al parecer, se opusieron los médicos que le asistían, y discutieron posteriormente Transcurridos once años desde los hechos, cabe decir que la experiencia demuestra que aquel deseo no resulta insólito o raro actualmente, según las circunstancias del enfermo y su familia. Pero lo

que deben saber las familias es que la asistencia domiciliaria de tales enfermos no puede ser idéntica a la que se dispensa normalmente en los centros sanitarios a los mismos enfermos terminales. Desafortunadamente no se transcribe el texto literal de la sentencia del JPI, de modo que desconocemos el detalle de las circunstancias en que se prestó tal asistencia domiciliaria y que, al parecer, llevó a la estimación de la demanda en primera instancia. Adviértase que a los actores no parece animarles un ánimo lucrativo pues se limitan en su demanda a una mera *condena moral* de la médico asistente. Lo cierto es que la sentencia elabora una doctrina general, que, sin embargo, no resulta fácil de aplicar al caso por falta de datos fácticos. (G. G. C.)

75. Responsabilidad médica. Solidaridad impropia.—Siempre que se genere una concurrencia causal única en la producción del resultado dañoso, con tal de que no pueda determinarse la parte del daño que es atribuible a cada uno de los sujetos, estaremos ante una solidaridad impropia (STS de 30 de septiembre de 1999, de 17 de marzo y 18 de abril de 2006).

Valoración de los daños: el baremo para los daños causados por hechos derivados de la circulación de vehículos de motor es de aplicación orientativa a otros ámbitos.—La jurisprudencia más reciente (rectificando criterios iniciales) ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de estos sistemas de valoración del daño, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del *pre-tium doloris* teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías, para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad (STS de 10 de febrero de 2006). (STS de 20 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Debido a una intervención quirúrgica de carácter ginecológico, consistente en una laparoscopia, la paciente sufrió una serie de lesiones y secuelas. Por ello, demandó al cirujano, a la clínica donde se le practicó la intervención y a la aseguradora del centro médico, reclamándoles en concepto de indemnización la cantidad de 73.031.000 pesetas, con carácter solidario. Quedó demostrado que el facultativo no formaba parte de la plantilla de la clínica, la cual sólo se limitó a permitir la utilización de sus instalaciones; que los daños se debieron exclusivamente a una mala praxis médica y que la actora fue quien eligió libremente al médico. El juzgado estimó parcialmente la demanda al condenar a los demandados a pagar solidariamente la cantidad de 11.582.228 pesetas. La Audiencia revoca la sentencia de primera instancia, al absolver a la clínica y a la aseguradora, estableciendo que la suma a abonar a la actora por el médico-cirujano asciende a 13.068.951 pesetas. El TS no da lugar al recurso de casación. (I. D.-L.)

76. Responsabilidad civil de jueces y magistrados. Requisitos generales para su apreciación. Doctrina jurisprudencial.—Para que concurra el presupuesto determinante de la responsabilidad de los jueces y magistrados es necesario que éstos hayan procedido con infracción manifiesta de la Ley o que hayan omitido un trámite cuya inobservancia lleva aparejada la nulidad del mismo. La norma infringida debe tener un carácter rígido y no dejar lugar a una posible apreciación de las circunstancias del caso, pues entonces daría lugar todo lo más a un error judicial. Igualmente, la infracción debe ser manifiesta como única manera de responder a una negligencia grave o ignorancia inexcusable del juez o magistrado (SSTS de 23 de septiembre de 1994, de 5 de octubre de 1990 y de 20 de enero de 1972). La negligencia ha de ser grave, de acuerdo con la naturaleza de la obligación que imponía la norma infringida y las circunstancias en que se desempeña la función judicial en relación con el sistema de recursos, la unificación jurisprudencial existente y el margen de error admisible en una tarea de esta naturaleza; lo que obliga también a tomar en consideración la preparación y situación profesional del juez o magistrado y la carga de trabajo a que se encuentra sometido (SSTS de 10 de mayo de 2000 y de 13 de septiembre de 2000). La responsabilidad civil de jueces y magistrados exige asimismo la producción de un perjuicio económico efectivo, evaluable y susceptible de ser individualizado; debiendo existir un ineludiblemente un ligamen causal entre la acción u omisión productoras del daño o perjuicio y el resultado acaecido; y sin que el perjuicio o daño pueda ser reparado en otra forma, por lo que el juez o magistrado deviene responsable en último término. O, expresado en sentido negativo, la reclamación formulada a los magistrados no puede prosperar, por falta de requisitos, sin el agotamiento de los remedios hábiles para revisar la resolución a la que se imputa el perjuicio.

Devolución de aval constituido para evitar el embargo de bienes, sin audiencia de la parte en cuyo beneficio fue constituida la garantía bancaria. Imposibilidad de hacer efectivo de otro modo el fallo de la sentencia estimatoria. Responsabilidad civil del juez o magistrado.—La devolución del aval a la parte que lo prestó antes de finalizar el período previsto para su cancelación, sin oír a la parte interesada, supone una infracción manifiesta y grave de los deberes del juez, pues se omite un trámite que originaba indefensión a ésta, que no admite interpretación alguna, y cuya infracción determinaba la nulidad de la providencia. La infracción debe ser calificada como manifiesta y grave, pues la devolución anticipada del aval ofrecía al demandado la posibilidad de cancelar la garantía sustitutoria sin dar oportunidad a la parte actora para solicitar que se hiciera efectivo el embargo preventivo que se había acordado con anterioridad ante el riesgo objetivo de que el demandado eludiese el cumplimiento de la sentencia. La atención a las circunstancias concurrentes permite afirmar que la infracción observada supera el margen de error o desacuerdo aceptable en la actividad jurisdiccional, puesto que la decisión pronunciada no requería apreciación alguna, sino simplemente advertir el grave perjuicio que un alzamiento anticipado del aval podía originar al actor, lo cual era posible con el simple examen de la petición en relación con el contenido del proceso y el tenor literal del aval constituido. Se aprecia claramente la concurrencia de una grave negligencia por parte del magistrado, el cual, por circunstancias que carecen de explicación en el proceso, no advirtió los graves perjuicios que podían seguirse para el demandante como consecuencia del alzamiento del embargo y omitió el trámite obligado de dar traslado de la petición antes de acordar sobre ella a

quien podía causarse perjuicio como consecuencia de no haber comprobado mediante un adecuado examen del documento., el verdadero alcance de la vigencia de la garantía y las consecuencias extintivas ligadas a la devolución del documento. (**STS de 20 de diciembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don P. interpuso demanda de protección jurisdiccional del derecho al honor contra don E., decretándose a virtud de la misma el embargo de los bienes del demandado para cubrir la posible condena. Don E., para evitar el embargo, presentó aval bancario por importe de 10.000.000 pts, y por un periodo de tres años, que fue aceptado por el Juzgado tras notificar a la otra parte. Cuando se acercaba la fecha de vencimiento don E. solicitó al Juzgado la devolución del aval con el fin de renovarlo. El Juez accedió a lo pedido sin dar traslado ni oír a la otra parte al respecto. Una vez se le notificó a don P., éste se opuso dados los perjuicios que la ejecución de dicha diligencia podrían depararle, habida cuenta de que había obtenido una sentencia favorable condenando al demandado al pago de 15.000.000 pts. El Juzgado comunicó al banco emisor el bloqueo del aval, pero ya don P. había retirado el importe del mismo. De manera que no se pudo obtener nada de dicho aval y tan sólo 500.000 pts, del embargo posteriormente practicado. Don P. interpuso demanda de responsabilidad civil contra el magistrado encargado de dictar las providencias, al estimar que su error había provocado un perjuicio patrimonial en el demandante. La Audiencia Provincial de Málaga desestimó la acción por considerar que el actor pudo recurrir la admisión inicial del aval. El Tribunal Supremo dio lugar al recurso de casación del actor y condenó civilmente al Magistrado. (*L.-A. P. M.*)

77. Responsabilidad extracontractual por daños causados por productos defectuosos. Revisión de la valoración de la prueba pericial.—De este examen del informe pericial se pone de manifiesto lo ilógico de la conclusión a que llega la Sala a quo afirmando apodícticamente que la explosión fue debida a un defecto de montaje, ya que al no tener en cuenta todo el contenido del informe, tergiversa sus conclusiones, que no son otras que la de no poderse determinar con precisión la causa de la explosión.

Carácter defectuoso del producto, por adolecer de la falta de seguridad que legítimamente cabría esperar.—Atendido el resultado probatorio que se establece en el anterior fundamento de esta resolución, ha de entenderse que la explosión del piloto de la batería fabricada por DNA Energía, S. A., fue debida a un defecto del producto, aunque no haya podido acreditarse en autos en qué consistía tal efecto; como establece el artículo 3.1 de la Ley 22/1994, «se entenderá por producto defectuoso aquel que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación». Atendida esta definición legal de producto defectuoso, en ella encaja la batería suministrada por DNA Energía, S.A; dado el destino y uso que era razonablemente previsible de la misma, es claro que adolecía de la falta de seguridad que legítimamente cabría esperar, pues, como afirma el perito judicial, caso de

producirse un cortocircuito lo normal es que se funda el piloto de señalización, no que se produzca una explosión de tal intensidad que desprenda la carcasa y el piloto de la puerta metálica en la que estaba encajado. Asimismo es de tener en cuenta que DNA Energía, S. A., había suministrado a Distribuciones Reus S.A. otras baterías idénticas a la que motiva este litigio, algunas de ellas instaladas por Rayolid, S. A., en los establecimientos de la compradora, respecto de las cuales, la que nos ocupa no ofrecía las condiciones de seguridad de aquéllas. (STS de 19 de febrero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El perjudicado por la explosión de un producto demandó al empresario instalador al que prestaba servicios, al fabricante y a la compañía aseguradora solicitando que se les condenase a indemnizar al demandante por los daños causados, ejercitando contra el fabricante la acción al amparo de la Ley 22/1994 sobre responsabilidad por productos defectuosos y alternativamente se ejercitaba la acción de responsabilidad extracontractual contra todos los codemandados. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al instalador y al fabricante a indemnizar solidariamente al demandante, absolviendo a la aseguradora. Interpuesto recurso de apelación, fue estimado parcialmente por la Audiencia Provincial, que absolió al fabricante. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, confirmando el pronunciamiento del juez de primera instancia. (L. F. R. S.)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

78. Acciones de tutela de la posesión. Interdicto de recobrar la posesión. Acción reivindicatoria. Plazos de prescripción.—No puede desconcerse, como punto de partida, que toda acción tendente a la tutela de la posesión como tal derecho real ha de incardinarse, en principio, en una acción real recayente sobre bienes inmuebles; por lo tanto, no existen razones para excluirlas del plazo general de prescripción que establece respecto de ellas el artículo 1963 del CC.

Si se acude a una interpretación auténtica, para captar el recto sentido de la expresión del artículo 1968-1.^º del CC —«prescripción por el transcurso de un año para recobrar o retener la posesión», deviene inconclusa la remisión al marco de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil, que contempla la regulación de los llamados interdictos en su Título XX, Libro II, artículos 1631 y siguientes, donde, como es bien sabido, se abordan tanto los aspectos procedimentales de estos juicios como otros propios del derecho sustantivo; en particular, en la Sección 2.^a de dicho Capítulo —artículos 1651 y siguientes—, se habla del «interdicto de retener o recobrar», esto es, se regula «ad hoc» proceduralmente la acción que corresponde para recobrar o retener la posesión, empleándose las mismas modalidades verbales, por lo que esa acción indudablemente habrá de sujetarse a lo dispuesto para estos interdictos en los artículos 1651 y siguientes de la Ley de ritos. Avala lo expuesto la

repetición de las mismas expresiones verbales «recobrar o retener la posesión».

El artículo 1653.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece la posibilidad de que la acción interdictal se haya interpuesto después del transcurso del año que se sanciona en su párrafo primero, al disponer que en el caso de que la demanda se presentase después se reservará la acción al actuante para que la ejerzte en el juicio que fuera procedente.

En el propio artículo 1658, último párrafo, de la misma Ley procesal se hace constar que las sentencias que recaigan en los procesos interdictales se dictarán sin perjuicio de tercero, y se reservará a las partes el derecho que puedan tener sobre la propiedad o sobre la posesión definitiva, que podrán utilizar en el juicio correspondiente. En la misma línea cabe destacar que el artículo 447.2 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil dispone que no producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, entre otras.

De todo ello se deriva que la tutela posesoria, aun cuando persigue la finalidad de recobrar o retener la posesión a la que se contrae el repetido artículo 1968-1.^º del CC, no solo puede encauzarse a través de las vías interdictales, sino también se faculta al poseedor para que pueda acudir al juicio declarativo ordinario correspondiente, sobre todo cuando haya transcurrido el plazo del año; consiguientemente, si la propia Ley de Enjuiciamiento posibilita que, transcurrido dicho año, se pueda acudir para recobrar o retener la posesión al juicio declarativo ordinario correspondiente, el acogimiento de la tesis contraria supondría cerrar a todo poseedor la posibilidad de promover ese juicio ordinario, ya que, cuando se hubiese ejercitado la acción tras el transcurso de ese año, no solo no se podría ejercitar la vía interdictal, sino que tampoco sería posible el ejercicio de la tutela posesoria en el declarativo ordinario correspondiente. En caso contrario, quedaría muy endeble la tutela del poseedor, pues el que es perturbado en su derecho, si bien está asistido del privilegio de acudir tras la perturbación a las vías interdictales en los términos previstos en los artículos 1651 y siguiente de la Ley de Enjuiciamiento Civil, quedaría perjudicado o afectado en su propio interés cuando se le impone la necesidad de que su acción, tendente a recobrar la plenitud de su derecho, deba necesariamente ejercitarse dentro del año, tanto sea en vía interdictal como a través del juicio declarativo correspondiente; con lo cual, se concluye, la persistencia de ese año para ambos cauces procedimentales implicaría necesariamente la eliminación de la vía declarativa y el mantenimiento en exclusiva de la vía interdictal, y entonces se estaría a un paso de defender insólitamente que la tutela de todo poseedor únicamente puede realizarse a través de los interdictos, que embebería de suyo por ese corsé de la anualidad de su ejercicio judicial la general tutela a través del juicio declarativo correspondiente, cercenándose entonces las referencias expuestas en los artículos 1653-2.^º y 1658, in fine, de la Ley de ritos.

La vía interdictal dirime los conflictos de posesión como un hecho, la vía declarativa ordinaria lo hace en su otro polo de la posesión como derecho, prevaleciendo, respectivamente, en la primera, la continuidad de la situación fáctica que ha sido perturbada, y en la segunda, el mejor derecho a poseer. El plazo establecido en el artículo 1968-1.^º del CC para el ejercicio de las acciones de retener o recobrar la posesión se revela como una excepción del plazo general establecido en el artículo 1963 del mismo cuerpo legal para ejercitarse las acciones reales, de cuya naturaleza participan aquéllas; y ese mismo carácter excepcional exige una interpretación restrictiva del plazo

corto anual de prescripción, por más que una mayor brevedad de algunos plazos para el válido ejercicio de las acciones pudiera resultar actualmente más acorde con las exigencias del tráfico jurídico, en consonancia con la realidad social actual, pero esta es cuestión reservada al legislador, de «*lege ferenda*», y no puede obstar a la recta aplicación de la norma vigentes –«*lege data*».

Acción Publiciana.—La acción publiciana, denominada por los antiguos prácticos «*actio in rem utilis*», ha sido doctrinal y jurisprudencialmente definida como una faceta de la reivindicatoria que permite al actor probar su mejor título, reclamando la cosa de quien la posea con menor derecho (Sentencias de 12 de mayo de 1992, y las que ésta cita, y más recientemente, Sentencia de 5 de febrero de 2004, que también cita otras anteriores)–, y el plazo para el ejercicio de la acción sería el que establece el artículo 1963 del CC con carácter general para las acciones reales. (**STS de 8 de noviembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Interpuesta demanda por la entidad «A, 2000, S. L.» contra la entidad «J, S.L.», se solicita la condena a reintegrar la posesión de parte de un local, que fue objeto de despojo por parte de la entidad demandante, devolviéndolo a su costa al estado que tenía en el momento de producirse éste, es decir, libre y expedito, así como al pago de indemnización por las rentas e impuestos satisfechos correspondientes a la parte del local que no ha sido posible disfrutar, y el lucro cesante desde el momento en que la entidad demandante adquiere la posesión del referido local.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a realizar el reintegro de la posesión de la parte de local en cuestión, libre y expedito y desestimando el resto de pedimentos.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación por considerar prescrita la acción entablada por el actor en orden a recobrar la posesión del local.

Interpuesto recurso de casación por ambas partes, el Tribunal Supremo declaró haber lugar, casando y anulando la sentencia anterior y confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (*R. D. R.*)

79. La usucapión consumada provoca que la acción reivindicatoria quede extinguida a pesar de no haber transcurrido el plazo de treinta años que establece el artículo 1963 CC para la prescripción extintiva de las acciones reales sobre bienes inmuebles.—«[...] el plazo que establece el artículo 1963 del CC opera sin perjuicio de lo establecido para la usucapión, y así de haberse consumado la usucapión entre presentes o ausentes la acción quedaría extinguida antes del transcurso de los treinta años que establece el precepto».

«El artículo 1963 distingue la prescripción de las acciones reales sobre bienes inmuebles de la pérdida del dominio por consecuencia de la usucapión consumada, puesto que coexisten ambos supuestos, tratando el referido artículo de la prescripción de las acciones que perecen por el transcurso del tiempo sin su ejercicio y entre las mismas ha de incluirse la acción reivindicatoria al resultar precepto en el que la prescripción se enuncia en términos

generales, presentándose como efecto distingible, separable y autónomo la pérdida inmediata del dominio que tiene lugar a través de la usucapión» (FJ 1.º) (STS de 28 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—La parte actora ejercita acción reivindicatoria sobre un trozo de terreno que poseía el demandado, y sobre el que la actora aseguraba tener el derecho de propiedad. El demandado contesta a la demanda y formula, a su vez, demanda reconvencional, mediante la cual ejercita una acción declarativa de dominio, al considerar que había adquirido por usucapión extraordinaria el trozo de terreno objeto de litigio. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta. Sin embargo, la Audiencia Provincial le da la razón al demandado, al haber apreciado prescripción extintiva de la acción reivindicatoria ejercitada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos plantea el problema de la posible coexistencia de la prescripción extintiva de acciones reales sobre bienes inmuebles y la pérdida del dominio como consecuencia de una usucapión consumada. A través de esta Sentencia, podemos ver la posición del Supremo en relación al tema objeto de debate. Considera el Supremo que cuando se haya consumado la usucapión extraordinaria en la persona del demandado, hay que entender automáticamente extinguida la acción reivindicatoria del demandante a pesar de que no hubiesen transcurrido los treinta años que establece el artículo 1963 CC.

Señala el artículo 1963 CC, en su párrafo primero, que «*Las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años*». Seguidamente, en su párrafo segundo, establece que «*Entiéndese esta disposición sin perjuicio de lo establecido para la adquisición del dominio o derechos reales por prescripción*». El legislador deja claro, a través de la redacción de este precepto, que coexisten la prescripción extraordinaria treintenaria y la prescripción extintiva de las acciones reales, incluidas las dominicales, y destacadamente la reivindicatoria, por igual tiempo de treinta años.

Señala el Tribunal Supremo, en la conocida Sentencia de 29 de abril de 1987, que de la redacción del citado precepto se debe concluir la contradistinción entre la usucapión de una parte, y, de otra, la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria, no debiendo extraerse del precepto que se deban exceptuar de entre las acciones reales sobre inmuebles, la acción reivindicatoria, o que «se unimismen la prescripción extintiva del dominio y la usucapión (STS de 29 de abril de 1987 [RJ 1987/2731]).

Nuestra doctrina parece mostrarse conforme con esta distinción, puesto que considera que no sólo es distinta la naturaleza y función de ambos institutos, sino que distintos son también sus requisitos y sus efectos. Mientras la prescripción extintiva determina la extinción de derechos o acciones por su falta de ejercicio en el tiempo, la usucapión convierte a determinado poseedor en titular del derecho poseido. Esta tesis se identifica con lo que se ha venido a denominar tesis dualista. No obstante, ello no impide que se pueda entender que existe una cierta relación estrecha entre prescripción

extintiva y usucapión, de tal modo que podamos pensar que ambas deben coincidir en el tiempo, es decir, que si alguien ha consumado una usucapión extraordinaria es porque del otro lado se ha producido una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria y a la inversa, es decir, que puede hablarse de una usucapión en cierto modo liberatoria cuando se produce una prescripción extintiva de acciones reales. Así, cuando con anterioridad al transcurso del tiempo previsto por el legislador para la prescripción extintiva, un tercero haya ganado el derecho por usucapión, la adquisición del derecho por el usucapiente supone que el mismo se pierda para el anterior dueño, y con ella el mecanismo protector en que la acción consiste (Yzquierdo, M., *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, 1998, pp. 39 y 40.). De hecho, podría afirmarse que la acción reivindicatoria no prescribe mientras el poseedor demandado no haya completado los requisitos de la usucapión.

El hecho que pone en marcha la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria es el comienzo de una posesión *ad usucapió-nem* de otra persona, porque únicamente este supuesto supondría una clara violación del derecho de propiedad, y es la falta de defensa del dueño frente a esta violación lo que determina el comienzo de la prescripción. Por otra parte, si existiera una prescripción extintiva de la acción reivindicatoria independiente de la usucapión se podría llegar a una solución absurda: o la cosa deviene *res nullius*, o el demandado no usucapiente, al ser su posesión irreivindicable, se convierte en usucapiente antes de tiempo (Sobre esta cuestión, *vid.* Díez-Picazo, L., «Las relaciones entre usucapión y prescripción extintiva y la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria (Reflexiones en torno a la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1987), *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989; Albaladejo, M., *La usucapión*, Madrid, 2004, pp. 15 y 16). (L. Z.G.)

80. Edificación de buena fe en terreno ajeno.—«*No se trata de una simple acción reivindicatoria, sino de un supuesto de accesión consistente en edificación o más bien construcción en terreno ajeno de buena fe. No se aplica el principio general de modo de adquirir la propiedad que proclama el artículo 358 del CC, superficies solo cedit, sino de la norma especial de la accesión inmobiliaria de buena fe que contempla el artículo 361 del CC [...] en virtud de la cual la demandante, propietaria del terreno, no tiene el derecho de recuperar íntegramente y sin más la posesión del terreno, como interesa en la demanda, sino menos: tiene, o bien el derecho a recuperar la posesión con lo construido, indemnizado conforme a ley, o bien a que se le pague el precio del terreno [...]» (STS de 15 de diciembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]*

HECHOS.—La actora solicita se declare su derecho de propiedad sobre la finca en la que se ha edificado por un tercero, y su derecho a recuperar la posesión, así como, su derecho a ser indemnizada por tal ocupación. La parte demandada contesta a la demanda, suplicando se desestime íntegramente la misma o, subsidiariamente, se determine su obligación de indemnizar el valor de la

superficie ocupada; y para el supuesto de que las anteriores peticiones no fueran estimadas, se obligue a la actora a indemnizar a la demandada el valor de las construcciones realizadas en la parcela objeto de litigio. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima en parte, considerando que la finca rústica es de legítima propiedad de la demandante. Contra esta sentencia se interpone recurso de casación por la parte demandada en la instancia.

NOTA.—La Sentencia que anotamos aborda la problemática de la construcción en suelo ajeno. En esta ocasión es el demandado quien construye en el terreno propiedad de la demandante, aunque de buena fe, según queda probado en la instancia. A pesar de se un claro caso de accesión inmobiliaria de buena fe, la demandante ejerce acción reivindicatoria, y solicita la retirada de las obras e instalaciones que la demandada ha ejecutado sobre su finca. Aunque el Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, la Audiencia, sin embargo, le da la razón a la demandante, resolviendo como si de una accesión de mala fe se tratase, ya que ordena el desalojo de parte de la finca ocupada por la demandada, con la obligación de retirar las obras e instalaciones, y sin derecho a que se le indemnice por la pérdida de lo edificado (art. 362 CC). Sobre esta cuestión, es doctrina jurisprudencial reiterada que si nos hallamos ante un supuesto de accesión previsto en el artículo 361 CC no puede el dueño del terreno ejercitar directamente la acción reivindicatoria, sin antes haber hecho uso de la opción que el citado precepto establece. De no ser así, la estimación de la reivindicatoria promovida, habría de calificarse de construcción de mala fe (SSTS de 18 de marzo de 1948 [RJ 1948/467], 17 de diciembre de 1957 [RJ 1957/535], 2 de diciembre de 1960 [RJ 1960/3782], 22 de julio de 1993 [RJ 1993/6275], 26 de octubre de 1999 [RJ 1999/8163], 15 de junio de 2004 [RJ 2004/3842]. (L. Z.G.)

81. Régimen jurídico aplicable en caso de construcción sobre suelo ajeno.—No cabe hablar de accesión invertida cuando se produce la construcción íntegramente sobre terreno ajeno, caso en el que, en general, rige el principio «*superficies solo cedit*» establecido en el artículo 358 del CC. Según este precepto lo edificado en terreno ajeno pertenece, en principio, por accesión al dueño de éste último, con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes, entre los que se encuentra el 361 que, de forma excepcional, establece, sólo en el supuesto de que haya buena fe por parte del que edificare sobre suelo ajeno, un derecho de opción a favor del titular del terreno para hacer suya la obra, previa indemnización, u obligar al que edificó a pagarle el precio del terreno. Hay además un requisito esencial para que se aplique este precepto, que se encuentra ínsito en la propia formulación de la norma, cual es el de que la construcción suponga un beneficio patrimonial para el dueño del terreno, y ello no ocurre cuando el titular dominical del suelo adquiere la propiedad, por título oneroso, cuando la obra se encuentra ya incorporada al mismo y, por tanto, su existencia ya se tiene en cuenta para fijar su prestación en el negocio de transmisión. Es decir, la construcción que genera derechos para el constructor de buena fe ha de llevarse a cabo una vez

adquirida la propiedad por aquel del que se pretende la indemnización por la obra construida. (**STS de 28 de febrero de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una entidad mercantil interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra otra entidad mercantil, constructora, y dos particulares. La actora es actual propietaria de una finca urbana, que pertenece en propiedad a los particulares demandados hasta el 27.1.1986, fecha en la que éstos la transmiten a otro particular mediante escritura pública de compraventa. El 2.12.1993, mediante escritura pública de dación en pago, este último particular transmite a su vez el dominio de la referida finca a la entidad hoy demandante, quedando inscrita la transmisión en el Registro de la Propiedad con fecha de 25.1.1994. Cuando la parte actora va a tomar posesión de la finca se encuentra con que está ocupada por la entidad mercantil constructora y los particulares codemandados. La entidad actora solicita en su demanda que se declare que la posesión que ostentan los demandados se ejerce sin título y de mala fe, así como el derecho de la actora a poseer la finca; que se condena a los demandados a entregar la posesión de la finca a la demandante y que se les condene a indemnizar a ésta los daños y perjuicios ocasionados en virtud de la posesión de mala fe. Los demandados formulan reconvención en la que solicitan que se declare el pleno dominio de la mercantil demandada sobre la finca litigiosa obtenida en virtud de accesión invertida y, de forma subsidiaria, que se declare el derecho de dicha entidad mercantil a ser indemnizada en el valor de lo construido. El JPI estima la demanda acogiendo las peticiones de la actora, aunque concede una indemnización de menor cuantía a la solicitada en la demanda por los daños y perjuicios. También estima la demanda reconvencional y condena a la actora a indemnizar a los demandados en el valor de la bodega que se encuentra sita en la finca. Contra la anterior sentencia interponen recurso de apelación ambas partes, si bien sólo se persona ante la AP como recurrente la entidad mercantil actora. La AP dicta sentencia por la que estima parcialmente el recurso y revoca en parte la sentencia impugnada a los solos efectos de fijar una cantidad mayor que los demandados deben satisfacer a la actora en concepto de indemnización. La entidad mercantil demandante formula recurso de casación y el Tribunal Supremo entiende que los demandados poseen la finca sin título que ampare dicha posesión, que están obligados a entregar dicha posesión a la actora y que deben indemnizar a ésta última los daños y perjuicios causados por la indebida posesión de la finca. (*Alma R. G.*)

82. Acción reivindicatoria. Requisitos de ejercicio.—La jurisprudencia exige la concurrencia de los siguientes tres presupuestos para la estimación de la acción reivindicatoria fundada en el párrafo segundo del artículo 348 CC: a) que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama; b) la identificación exacta de la misma; y c) la detención o posesión de la misma por el demandado. Como ejemplo de esta constante y

reiterada línea jurisprudencial, el Tribunal Supremo cita las SSTS de 28 de septiembre de 1999 y 25 de junio de 1998.

Acción reivindicatoria. Importancia de la identificación de la finca.— Entre los presupuestos exigidos por la jurisprudencia para la estimación de la acción reivindicatoria ex artículo 348 II.º CC, el Alto tribunal se detiene especialmente en el relativo a la identificación exacta de la finca reivindicada. La importancia que la jurisprudencia atribuye a este requisito es evidente a la luz de las numerosas sentencias que el Alto Tribunal recoge en la sentencia ahora analizada: SSTS de 25 de mayo de 2000, 7 de mayo de 2004 y 17 de marzo de 2005. Esta última, que, a su vez, recoge otras muchas sentencias, sintetiza la línea jurisprudencial a la que nos venimos refiriendo en los siguientes términos: «La identificación de las fincas ha de concurrir de forma totalmente evidenciada para que no ofrezca duda alguna a las que se reivindican, debiendo fijarse con la debida precisión su cabida, situación y linderos, y con la cumplida probanza que son las que se refieren los títulos y los demás medios probatorios en los que los actores fundan su derecho y tal identificación exige un juicio comparativo entre la finca real y la titular». (STS de 14 de noviembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La parte demandante, una empresa municipal, ejerce acción reivindicatoria de una finca que forma parte de otra mayor llamada «Monte de Cullera» y que había sido ocupada y poseída por los codemandados, recurrentes en casación. En Primera Instancia se desestima la demanda. La Audiencia, estimando el recurso de apelación interpuesto por la demandante, revoca la sentencia de primera instancia, pues considera acreditados todos los presupuestos exigidos para el éxito de la acción reivindicatoria. Y así, en primer lugar, tras realizar un análisis de la génesis histórica, que arranca de época anterior a las leyes desamortizadoras del S. XIX, declara que la empresa municipal dispone de título de adquisición anterior a los conflictivos de los codemandados, una escritura de 25 de octubre de 1982 y un documento privado de 7 de enero de 1983, que declara parcialmente nulos, en cuanto afecten a la parcela reivindicada. En segundo lugar, y tras estudiar la identificación de la finca, la Audiencia afirma que de la prueba practicada resultan con claridad los linderos de las fincas en discusión. En tercer y último lugar, el tribunal declara que la parcela disputada se encuentra en poder y posesión de los codemandados.

Los recurrentes en casación apoyan su recurso en cuatro motivos. El primero invoca la doctrina de los actos propios, que considera vulnerada por haber mantenido la parte demandante una posición en el escrito de conclusiones, que modifica en la segunda instancia. El Alto Tribunal desestima este motivo invocando argumentos a los que, por su marcado carácter procesal, no nos vamos a referir. Los tres motivos de casación restantes combaten esencialmente la identificación de la finca objeto de reivindicación desde un punto de vista probatorio (valoración de la prueba y carga de la prueba). (B. F. G.)

83. Modificación de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal.—Del tenor imperativo del artículo 5 LPH se deriva que, si en la escritura de obra nueva y constitución del régimen de propiedad horizontal no aparece un elemento independiente, y no existe acuerdo unánime de los copropietarios para la modificación de la misma, habrá de acordarse judicialmente la subsanación y rectificación de la citada escritura.

Propiedad horizontal. Existencia.—La propiedad horizontal surge necesariamente y de forma automática siempre que se dé una pluralidad de propietarios en un mismo edificio, bien por adquisición de alguno de los pisos o locales del inmueble, por cualquiera de los modos establecidos en la legislación civil (STS de 28 de junio de 1986), o bien por adjudicación de pisos o locales en la división de un edificio entre comuneros. De hecho, según el Tribunal Supremo, la existencia de esta figura jurídica es independiente de que se haya formalizado o no previamente el título constitutivo, documento que constituye la necesaria investidura jurídica formal al presupuesto fáctico ya señalado.

Propiedad horizontal. Derecho imperativo.—En la propiedad horizontal, junto a una propiedad exclusiva sobre un espacio concreto, coexiste una copropiedad obligada, necesaria e indivisible sobre unos elementos comunes. La consiguiente interconexión que existe entre los copropietarios por razón de la cosa incrementa el riesgo de conflicto entre los mismos en las relaciones de vecindad (STS de 19 de febrero de 1971), motivo por el cual la regulación de esta figura jurídica pretende conseguir una coexistencia pacífica entre copropietarios. A tal fin, se trata de dotar de una ordenación completa y eficaz a los derechos que corresponden a los distintos copropietarios, así como de proporcionar unas normas de derecho necesario para la ordenación de esta convivencia (propiedad singular, elementos comunes, cuota, título, estructura o seguridad del edificio, obligaciones y derechos, etc.).

Derechos de los copropietarios en régimen de propiedad horizontal.—De acuerdo con el artículo 3 LPH, el dueño de un piso o local en propiedad horizontal tiene, fundamentalmente, dos derechos: el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente y la copropiedad sobre los elementos comunes. Cada dueño de un piso o local ha de tener asignada una cuota de participación en las cargas y beneficios por razón de la comunidad. (STS de 1 de febrero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don J. y doña M.^a. C. demandaron a la comunidad de propietarios de un edificio y a cada uno de los dueños de los pisos y locales en que se distribuyó el mismo, solicitando que se declarara que los demandantes eran propietarios de parte de la superficie de la planta baja, no incluida en la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, así como que ésta pasara a ser considerada como un local comercial o industrial independiente, con la cuota de participación en las cosas comunes que se determinara en el proceso. Para ello, pedían la subsanación y rectificación del error padecido en el otorgamiento de la escritura de declaración de obra nueva y constitución del edificio en régimen de propiedad horizontal, así como la modificación correspondiente de la cuota de participación en la comunidad asignada inicialmente al resto de los pisos y locales.

La demanda fue estimada en primera instancia. Interpuesto recurso de apelación por parte de los propietarios de los demás pisos y locales, la Audiencia Provincial revocó la sentencia de instancia, por considerar que lo solicitado por los demandantes estaba en evidente contradicción con lo previsto en la licencia de edificación concedida para la construcción del edificio respecto del cerramiento de la planta baja. So pretexto del error padecido en el otorgamiento de la escritura de obra nueva y constitución de la propiedad horizontal, lo que pretendían los demandantes llevaba a convertir la superficie prevista como diáfana en un local independiente, lo cual infringía lo establecido en la licencia urbanística. Por ello, la Audiencia Provincial se limitó a declarar la propiedad de los demandantes sobre la superficie de la planta baja en litigio, aclarando que ésta no configuraba un local cerrado, sino una zona diáfana. Don J. y doña M.ª. C. interpusieron entonces recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la vulneración de los artículos 3 y 5 LPH. (A. M. M.)

84. Propiedad horizontal. Modificación de cuota.—Puede instarse la modificación de los coeficientes asignados a cada piso o local del inmueble, cuando en la fijación de éstos no se hubieran respetados los criterios establecidos en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal. Como se dice en la STS de 5 de julio de 2005, *«entre los modos de fijar la modificación del sistema de cuotas de participación, fuera del acuerdo unánime de los copropietarios, se puede, precisamente, cumpliendo los requisitos legales exigibles al respecto, determinar aquellas conforme al artículo 5.º de la dicha Ley, por resolución judicial»*.

Doctrina de los actos propios.—El principio del derecho que prohíbe ir contra los actos propios encuentra apoyo legal en el artículo 7.1 del CC y está actualmente sancionado en el artículo 111-8 de la Ley Primera del CC de Cataluña. La jurisprudencia sobre este principio es muy abundante. Como resumen, se deben citar los requisitos que se han venido exigiendo para que pueda aplicarse este principio general, que son los siguientes: a) que el acto que se pretenda combatir haya sido adoptado y realizado libremente; b) que exista un nexo causal entre el acto realizado y la incompatibilidad posterior; c) que el acto sea concluyente e indubitable, por ser *«expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto»* (STS de 21 de abril de 2006).

Esta doctrina significa, en definitiva, que quien crea en una persona una confianza en una determinada situación aparente y la induce por ello a obrar en un determinado sentido, sobre la base en la que ha confiado, no puede además pretender que aquella situación era ficticia y que lo que debe prevalecer es la situación real». (STS de 29 de enero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—D. Álvaro interpuso demanda contra una Comunidad de Propietarios en la que solicitaba la declaración de nulidad de los estatutos de la mencionada Comunidad, por falta de la unanimidad necesaria para su aprobación, así como por contravenir los criterios establecidos en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal.

tal, para determinar las cuotas de participación de los diferentes pisos y locales del edificio. Subsidiariamente, solicitaba en la demanda la declaración de ineficacia e inoponibilidad de tales estatutos, por no haber intervenido en su aprobación, ni haberlos conocido ni admitido, instándose también la modificación de las cuotas de participación de cada uno de los pisos y locales. A estas pretensiones se añadió la reclamación de las cantidades correspondientes a los gastos de comunidad, no satisfechas por el demandante, que la Comunidad de Propietarios dedujo a través de la correspondiente demanda, después acumulada al proceso promovido.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la primera demanda, por considerar que no concurrían las causas de nulidad de los estatutos alegadas por el demandante, y acogió la demanda formulada por la Comunidad de Propietarios, condenando a D. Álvaro a pagar las cantidades por ésta reclamadas en concepto de gastos de comunidad adeudados.

La Audiencia estimó el recurso de apelación interpuesto por D. Álvaro y revocó la sentencia de primera instancia, y, estimando en parte la demanda, declaró haber lugar a la rectificación de las cuotas de participación correspondientes a las fincas integrantes de la Comunidad de Propietarios demandada, debiendo fijarse las nuevas cuotas por perito arquitecto en fase de ejecución de sentencia.

NOTA.—La sentencia anotada reitera la línea jurisprudencial que interpreta la doctrina de los actos propios (SSTS de 21 de febrero de 1997 [RJ 1997, 1906]; 16 febrero 1998 [RJ 1998, 868]; 9 mayo 2000 [RJ 2000, 3194]; 21 mayo 2001 [RJ 2001, 3870]; 22 octubre 2002 [RJ 2002, 8777] y 13 marzo 2003 [RJ 2003, 2582], entre muchas otras).

En síntesis, considera el Alto Tribunal, al igual que el tribunal de instancia, que no procede declarar la nulidad de los estatutos de la Comunidad puesto que fueron aprobados por unanimidad de los entonces comuneros, y por cuanto la ineficacia no fue hecha valer oportunamente por el demandante en el plazo y por el cauce de impugnación establecido en el artículo 16 de la Ley de Propiedad Horizontal en la redacción entonces vigente. Sin embargo, estima que procede modificar las cuotas de participación de los distintos pisos y locales del edificio, al haberse fijado contraviniendo los criterios que, para su determinación, se establecen en el artículo 5 de la Ley de Propiedad Horizontal, debiendo establecerse nuevamente los coeficientes tomando en consideración, combinadamente, los parámetros de superficie útil de cada piso o local, en relación con el total del inmueble, así como su ubicación interior o exterior.

Pese a que D. Álvaro admitió haber conocido los estatutos por su protocolización notarial del año 1975, y que los aceptó cuando adquirió mediante escritura pública sus respectivos inmuebles en la finca, para el Alto Tribunal no cabe desconocer que el actor se dirigió a la Comunidad de Propietarios, con anterioridad a interponer la demanda con el fin de que se modificasen las cuotas de participación, del mismo modo que en los procedimientos entablados por la Comunidad, en reclamación de las cuotas impagadas el referido actor formuló reconvenCIÓN solicitando que se prescindiera de los estatutos de la Comunidad a la hora de fijar la contribución a los

gastos comunes, y que se fijasen nuevos coeficientes de participación de acuerdo con los criterios legales. Para el Tribunal Supremo todos estos actos impiden apreciar en éstos la inequívoca voluntad de crear una determinada situación, que defina de forma indubitable e inalterable su posición respecto de la cuestión que es objeto de controversia. (*M. C. L. J.*)

85. Propiedad horizontal. Elementos comunes.—De conformidad con lo dispuesto en el artículo 396 del CC, los balcones del inmueble, las galerías y miradores, además de formar parte inseparable de su fachada hacen la función de muro delimitador de los pisos al exterior, y son, obviamente, elementos necesarios para el uso y disfrute del edificio, razón por la cual gozan de igual protección que ésta en cuanto a sus posibles modificaciones y alteraciones, por más que el espacio que delimitan sea privativo. Lo anterior determina la responsabilidad directa de la Comunidad sobre este elemento común de cierre del edificio, en lo que se refiere a su conservación y, en su caso, reparación o sustitución, y la de quien lo disfruta en lo demás, en la forma que establezca el título constitutivo o resuelvan en forma legal los comuneros sobre el uso y disfrute de los mismos. (**STS de 18 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jose Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Según el acuerdo primero contenido en el acta de la Junta de Propietarios del inmueble x, celebrada el día 23 de octubre de 1998, y que fue aprobado con el solo voto en contra de D. Antonio, se sustituye por «cotegran» todas las placas de los balcones del inmueble. El presupuesto aprobado por la Junta de 27 de noviembre siguiente valora en un coste aproximado de 2.850.000 pesetas, más IVA. Este presupuesto se aprueba con el voto también en contra de D. Antonio y de otros dos comuneros, por entender que es contrario a los estatutos que rigen la Comunidad, que considera a los mismos elementos privativos correspondientes a cada uno de los pisos de los que forman parte íntegramente.

Ante estos hechos, Don Antonio formuló demanda impugnatoria de estos acuerdos. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—En la sentencia anotada el Tribunal Supremo confirma la sentencia dictada por la Audiencia que declara que «*tal acuerdo no contraviene el título constitutivo de la propiedad horizontal ni de sus estatutos, pues ni recae sobre elementos privativos, ni supone modificación del título, ni es contrario al mismo*» pues «*aunque el artículo 4.º de los estatutos designe como elemento privativo de las respectivas viviendas y locales, de los que forman parte integrante, a los balcones salientes del edificio.. tal designación privativa ha de entenderse como exclusivamente afectante a la superficie interior del balcón y a su uso ordinario, no así a lo que como tal elemento constructivo, constituye fachada del inmueble, cerramiento y sustentación del mismo, delimitadores perimetrales y revestimiento exterior.. lo que confirma, como ineludible consecuencia, que los balcones en su apariencia exterior son elementos comunes, compitiendo a la Comunidad de propietarios la toma de*

medidas oportunas y consecuencias -así impetradas por el perito actuante- encaminadas al debido cuidado y conservación de los mismos.. Por lo demás, resulta manifiesto que la obra a realizar.. no afecta a la configuración ni al estado exterior del edificio, al tratarse meramente de una técnica constructiva». (M. C. L. J.)

86. Propiedad horizontal. Desafectación de elementos comunes.—La descripción, no de «*numerus clausus*», sino enunciativa que el artículo 396 CC hace de los elementos comunes no es, en la totalidad de su enunciación, de «*ius cogens*», sino de «*ius dispositivum*». Lo anterior permite que bien en el título constitutivo originario del edificio en régimen de propiedad horizontal, bien por acuerdo posterior de la Comunidad a ciertos elementos comunes que no siéndolo por naturaleza o esenciales, como el suelo, las cimentaciones, los muros, las escaleras, lo sean sólo por destino o accesorios, como los patios interiores, las terrazas a nivel o cubiertas de partes del edificio, etc. Mientras no se produzca la desafectación en el propio título constitutivo o por acuerdo unánime posterior de la Comunidad ha de mantenerse la calificación legal que, como comunes, les corresponde también a los elementos de la segunda clase expresada. (STS de 22 de enero de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—D. Francisco y D.^a Ana realizaron obras en lo que se denomina sótano, consistentes en la instalación de un solado, vaciado de tierras, así como a la construcción de paredes de ladrillo en una extensión aproximada de 160 m², al cual se accede a través de una escalera que se halla instalada en el local de su propiedad. La comunidad de vecinos formuló demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra don Francisco y doña Ana solicitando que se declarase: a) El carácter de elemento común de los suelos y bajos del edificio; b) La inexactitud y error en la descripción del local 2 o letra A, en cuanto a la expresión «y sótano» teniendo dicha expresión por no puesta, tanto en la declaración de obra nueva y división horizontal como en el Registro de la Propiedad; c) Condena a D. Francisco y a doña Ana a abandonar la posesión de dichos bajos y a dejarlos libres y a disposición de los vecinos y la comunidad, estableciendo a la vez la obligación de demoler las obras efectuadas que impiden el libre acceso y a reparar los desperfectos causados, devolviendo el bien reivindicado a su estado original.

La sentencia dictada por la Audiencia Provincial revocó la de primera instancia y estimó la demanda.

NOTA.—En el presente caso, para el TS si bien en el proyecto de construcción del edificio no figura como elemento constructivo el sótano en cuestión y tampoco figura en la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, de 6 de noviembre de 1981, en la descripción general del edificio, no puede desconocerse la realidad física de ese espacio, resultante de la solución constructiva al situar las dos viviendas de la planta baja en una cota más elevada respecto a la calle, para que las ventanas de esas viviendas no estuviesen a la vista de los peatones, como señala el informe pericial. Esta realidad física fue la que motivó la rectificación de la primera inscripción registral de local propiedad de los demandados

recurrentes, cuando éstos todavía no habían adquirido el mismo, haciéndose constar en el Registro de la Propiedad que la finca número 42 de que se trata consta de una nave diáfana con sótano, W.C. y aseo; así figura descrita la finca 42 en la citada escritura de 6 de noviembre de 1981. Para el Alto Tribunal existió por tanto un acto de desafectación de ese espacio físico en el propio título constitutivo, que convierte dicho sótano en elemento privativo como anexo del local 2. (M. C. L. J.)

87. Propiedad horizontal. Obras necesarias. Obligaciones de la comunidad.—El artículo 10.1 LPH impone a la comunidad de propietarios la obligación de realizar las obras necesarias para el adecuado sostenimiento y conservación del inmueble y de sus servicios, de modo que reúna las debidas condiciones estructurales, de estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad.

La obligación de sostener y reparar los elementos comunes que corresponde a la comunidad no puede limitarse a una mera conservación de aquéllos cuando presenten defectos que afecten a la estructura, estanqueidad, habitabilidad, accesibilidad y seguridad del edificio, como ocurre en el caso de humedades, sino que comporta la realización de las obras pertinentes para superar los expresados defectos con arreglo a las técnicas constructivas en cada momento vigentes, con independencia de las acciones que pudieran proceder respecto de los agentes de la construcción para exigir responsabilidad por los daños materiales sufridos por el inmueble. Las únicas obras que no pueden exigir los propietarios son las que constituyan nuevas instalaciones, servicios o mejoras que no se requieran para la adecuada conservación, habitabilidad, seguridad y accesibilidad del inmueble según su naturaleza y características (LPH 11.1). (STS de 3 de enero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Los propietarios de diversas viviendas sitas en el edificio X promovieron frente a la Comunidad de Propietarios del referido inmueble un juicio declarativo de menor cuantía, solicitando que se la condenase a reparar a su costa todos los desperfectos, deficiencias y daños existentes en sus viviendas (humedades), así como a las indemnizaciones que fueran procedentes.

El Juzgado de Primera Instancia, tras desestimar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario, desestimó la demanda por entender que los desperfectos no eran debidos a la falta de conservación de los elementos comunes y que no había incumplimiento por la comunidad, salvo con respecto de un concreto propietario, que había obstaculizado la reparación.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado por considerar que el origen de las anomalías se encontraba en el estado de determinados elementos comunes, la cubierta, canalón y fachada, y, en consecuencia, condenó a la comunidad a que reparase los desperfectos y deficiencias existentes en las viviendas de los recurrentes, efectuando para ello las obras que fueran precisas en los elementos comunes.

NOTA.—El núcleo del debate se centra en discernir si las humedades tenían como causa la falta de conservación de los elementos

comunes. En la sentencia anotada el Tribunal Supremo coincide con la Audiencia Provincial en que la eliminación de las humedades que padece el inmueble exige realizar obras de aislamiento térmico en los elementos comunes y de reparación de la cubierta.

Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo la que entiende que a efectos de la calificación de la ruina como funcional, que la existencia de humedades por defectos de estanqueidad o impermeabilización afectan a la funcionalidad y habitabilidad del inmueble (entre otras, SSTS de 26 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 8883], 27 de septiembre de 2005 [RJ 2005, 8887], 17 de octubre de 2005 [RJ 2005, 8593], 22 de marzo de 2006 [RJ 2006, 5652]). (M. C. L. J.)

88. Adaptación de zonas comunes a propietarios con minusvalías.-

El artículo 47 CE contiene el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Por su parte, el artículo 49 CE establece que los poderes públicos realizarán una política de integración de los disminuidos físicos. En este sentido se han orientado las sucesivas modificaciones de la Ley de Propiedad Horizontal. Además, con ese fin se dicta la Ley 15/1995, sobre límites del dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad. En ella se viene a establecer un procedimiento específico que tiene por objeto que el interesado y la mancomunidad de propietarios lleguen a un acuerdo sobre la forma de ejecución de las obras de adaptación necesarias, a cuya realización la Ley obliga cuando haya personas que lo necesiten y así lo soliciten.

Naturaleza de los acuerdos para regular el uso de un elemento común.—Los acuerdos que se limitan a regular el uso de un elemento común por parte de los vecinos, son actos de administración (art. 6 LPH), que no suponen alteración del título constitutivo. Por ello, basta que se adopten por mayoría, sin necesidad de unanimidad. (**STS de 28 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don V. M., afectado por una minusvalía, interpuso demanda contra una comunidad de propietarios, solicitando la nulidad de un acuerdo adoptado por mayoría, por el que se denegaba la autorización para el uso de una vía peatonal como aparcamiento para vecinos con minusvalías, al existir señales que prohíben el tráfico rodado, sin que los estatutos ni el título constitutivo digan nada sobre el uso de tales elementos comunes.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, por lo que se recurre en apelación. La Audiencia confirma la validez del acuerdo. Según la Audiencia, el acuerdo sobre la regulación del uso de un elemento común no implica alteración del mismo en el sentido del artículo 11 LPH, siendo tan sólo una manifestación de simple acto de administración. Como tal, se haya sometido al régimen de mayoría del artículo 16.2 LPH. En casación, el TS declara no haber lugar al recurso por entender igualmente que el acuerdo es válido. Considera que no existe una vulneración del derecho a una vivienda digna, pues la comunidad no negó ni limitó ese derecho, sino que, simplemente ese derecho fue sometido libre y voluntariamente a normas comunes y estatutarias aceptadas. Si querían pedir reformas para garantizar la compatibilidad del uso de la vivienda y

su minusvalía, el actor debería haber utilizado el procedimiento específico que contempla la ley. (*S. L.M.*)

89. Propiedad horizontal: invalidez de los acuerdos que no figuran en el orden del día y plazo de caducidad de la acción.—La línea jurisprudencial mayoritaria (entre otras, las SSTS de 10 de marzo de 1997, 5 de mayo de 2000, 14 de febrero y 27 de mayo de 2002 y 10 de noviembre de 2004) limita la ineficacia por nulidad radical a aquellos acuerdos de la Junta de Propietarios contrarios a la moral, al orden público o a las disposiciones imperativas o prohibitivas que establezcan esta consecuencia y no otra; o aquéllos que se lleven a cabo en fraude de ley. La toma de un acuerdo sobre una materia no prevista en el orden del día, o que se adopte en contracción a la regla de unanimidad, tan sólo implica la posible declaración de invalidez del acuerdo mediante la acción correspondiente, cuyo ejercicio está sometido a un plazo de caducidad.

Antes de la reforma de la Ley 8/1999, de 6 de abril, este plazo era de treinta días naturales que debían computarse de fecha a fecha. En la actualidad este plazo oscila de tres meses a un año, según el acuerdo sea contrario a la ley o a los Estatutos. No obstante, producida la caducidad conforme a la ley anterior, no es posible una renovación del plazo conforme a la nueva ley, pues esto iría en contra de la seguridad jurídica. Si bien es cierto que, según establece en la Disposición Transitoria Cuarta de la citada reforma, la disposición que afecte al modo de ejercicio, a la duración y a los procedimientos para hacerla valer es una disposición retroactiva; también lo es que cuando se ha producido la consumación de un plazo de caducidad bajo la vigencia de la norma anterior no es posible aplicar esta nueva regla para ampliar o renovar dicho plazo. (**STS de 20 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Doña A. interpone demanda contra su Comunidad de Propietarios para solicitar que se declare la nulidad del acuerdo sobre la distribución de terrazas a los locales comerciales y la parquización de zonas comunes por no figurar este punto en el orden del día. La Comunidad se opone a la demanda formulando la excepción de caducidad de la acción.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en virtud de los Estatutos por falta de unanimidad del acuerdo y desestima la excepción, por lo que declara nulo y sin efecto el acuerdo impugnado. En la apelación, la Audiencia Provincial revoca la sentencia, desestima la demanda y considera que el vicio del acuerdo implica una mera anulabilidad, por lo que ya ha transcurrido el correspondiente plazo de impugnación de treinta días. La actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución de la Audiencia. (*S. E. M.*)

90. Derecho transitorio de la Ley 22/1987, de Propiedad Intelectual.—La DT quinta de la Ley 22/1987 establecía que los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior surtirán todos sus efectos de conformidad con la misma. Además, según la DT cuarta, lo dispuesto en los

artículos 14 a 16, relativos al derecho moral del autor, será de aplicación a los autores de las obras creadas antes de su entrada en vigor.

El derecho moral de autor. En particular, el derecho a la integridad de la obra.—El derecho moral del autor, regulado en los artículos 14 a 16 LPI, está integrado por un conjunto de derechos inherentes a la persona del autor, caracterizados por las notas de irrenunciabilidad e inalienabilidad. Corresponde, por tanto, a éste exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella, que suponga un perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación (art. 14.4.º LPI).

La demolición del muro donde se encuentra plasmada una obra plástica (como puede ser una pintura), en principio, puede ser constitutivo de una violación de ese derecho moral del autor y dar lugar a una indemnización por la lesión producida. Sin embargo, hay que tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, sin que quepa estimar que se ha producido un acto antijurídico cuando concurre una causa de justificación. En este sentido, es especialmente relevante las circunstancias del edificio. Si está en una situación de deterioro tal que exige su reconstrucción, puede llegar a ser imposible la conservación de la obra. Además, este tipo de obras no nacen con vocación de perennidad, sino con una vida efímera. (**STS de 6 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La cooperativa L., con la colaboración del Ayuntamiento de La Coruña, convocó un concurso de pinturas murales, cuyas bases estaban depositadas ante Notario. Como resultado de una votación realizada por los lectores de la prensa diaria, los premios fueron adjudicados a don I., don J., don G., don J. D., y don H. Los murales se realizaron en un edificio propiedad de la cooperativa L., y conforme a la base 18, tanto los bocetos como los murales pasan a ser propiedad de la cooperativa L., pudiendo ésta hacer el uso que estime más conveniente de los mismos. L. vendió los murales a la entidad R., a través de escritura pública otorgada ante Notario, libre de cargas y de arrendamientos, sin comunicación alguna a los pintores del mural y sin advertir a la adquirente de la cualidad artística de los mismos. La nueva propietaria del edificio llevó a cabo obras de reforma para su rehabilitación, cuya realización implicó la desaparición de las pinturas, al quedar tapadas por el tratamiento realizado para el revestimiento de la fachada.

Al tener conocimiento de la desaparición de los murales, los autores (don I., don G., don H. y don J.) interponen demanda contra la entidades L. y R. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda respecto de L. por falta de legitimación *ad causam* y la estima parcialmente respecto de R., condenándola a indemnizar a cada uno de los actores por los daños morales ocasionadas por la destrucción de los murales de los que son autores.

La Audiencia Provincial entiende que el deficiente estado del edificio, precisando reparaciones y reconstrucciones, justifica la demolición del mismo y, por tanto, del conjunto en el que se integra la obra, adherida inseparablemente al inmueble sin posibilidad de extracción sin daño. No cabía la reforma del edificio sin que se produjera menoscabo de la obra. Por tanto, desaparece cualquier base legal que impida la demolición.

A idéntica conclusión llega el TS. No habiendo existiendo un acto ilícito dañoso, no cabe indemnizar nada. (S. L. M.)

91. Infracción del derecho de distribución en exclusiva.—El derecho de distribución en exclusiva de fonogramas no se agota cuando la primera cesión tiene lugar en un país extracomunitario sino cuando la primera comercialización tiene lugar en un país de la Unión Europea. De este modo, las entidades con licencia exclusiva pueden oponerse a la distribución en país no comunitario y ejercitar la acción de cesación derivada del derecho de prohibición inherente al derecho de distribución exclusiva de las obras de creación intelectual (STS de 29 de noviembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Las sociedades demandantes ejercitan acción de cesación en la actividad de distribución y comercialización de fonogramas, alegando su condición de legítimas titulares de los derechos y licencias exclusivas de distribución de fonogramas producidos por sus casas matrices, en virtud de los contratos de cesión en exclusiva y licencias de distribución celebrados entre ellas y sus compañías matrices, vulnerados por la entidad demandada al comercializar a lo largo de un año, en determinado establecimiento, musicassettes y discos compactos procedentes de países no pertenecientes a la Unión Europea, sin autorización expresa ni tácita de las actoras. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, al considerar acreditado que las actoras son titulares exclusivas en España del derecho de distribución de fonogramas producidos por sus casas matrices. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación, al considerar que la atribución de los derechos concedidos en los contratos de cesión de derechos de explotación no les otorga derechos ejercitables *erga omnes*, además de que no se han establecido limitaciones en la adquisición de los fonogramas por la entidad demandada, por lo que ha de estimarse agotado con la primera venta el derecho de distribución en exclusiva alegado por las entidades actoras. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos plantea el problema de determinar si se produce o no en este caso el llamado agotamiento del derecho de distribución en exclusiva que prevé la Ley de Propiedad Intelectual respecto de fonogramas cuando la primera cesión tiene lugar en un país extracomunitario. Sobre esta cuestión, es importante tener en cuenta que la interpretación sobre la incompatibilidad del agotamiento internacional con el comunitario del derecho de marca es aplicable al caso de los derechos de distribución de obras protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual, y, por tanto, el agotamiento de los derechos de distribución de la obra de creación sólo se produce cuando la cesión de los derechos de distribución mediante venta o transmisión de la propiedad se ha efectuado en un país de la Unión Europea. (L. Z. G.)

92. Legitimación activa de la Sociedad General de Autores y Editores para la gestión y reclamación en juicio de derechos de autor por exhibición pública de películas cinematográficas en determinadas salas de cine.—Es doctrina jurisprudencial reiterada que la SGAE posee legitimación activa para la defensa en juicio de los derechos a que se extiende su actividad, sin necesidad de acreditación documental de su relación contractual con cada uno de los titulares del derecho de comunicación pública (**STS de 12 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La SGAE interpone demanda reclamando derechos de autor correspondientes a la exhibición cinematográfica de determinadas películas. La SGAE solicita se le abone un porcentaje de los ingresos obtenidos por la demandada mediante tal exhibición pública. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La SGAE posee legitimación activa para la defensa en juicio de los derechos de autor. A ésta le basta simplemente con aportar la autorización administrativa que le habilita para gestionar esta modalidad de derechos de autor. Pero, además, no es que la acreditación documental individualizada para la defensa de los derechos de cada autor no sea necesaria, sino que, ello no sería tampoco posible, en aras a la garantía de la efectiva gestión de los derechos de autor. (L. Z. G.)

93. Legitimación activa de las entidades de gestión de derechos de propiedad intelectual.—SGAE, como entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual, ostenta legitimación activa para defender en juicio tales derechos. Para ello, basta con aportar la autorización administrativa que la habilita para gestionarlos y los Estatutos aprobados por el Ministerio de Cultura, sin que tenga que aportar de forma individualizada los contratos con cada uno de los miembros en los litigios en que sea parte, pues ello constituiría una dificultad extremadamente gravosa para este tipo de entidades.

Interrupción del plazo de prescripción de la acción para reclamar los derechos de autor.—Conforme al entonces artículo 125 LPI (actual artículo 140.3 LPI), el plazo de prescripción de la acción para reclamar derechos de autor es de cinco años. Dicho plazo puede quedar interrumpido con la reclamación extrajudicial de lo adeudado. (**STS de 24 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El Ayuntamiento de L., con ocasión de las fiestas populares, ha comunicado públicamente obras musicales, sin contar con la licencia correspondiente de SGAE. El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda interpuesta por la entidad de gestión. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación promovido por el Ayuntamiento. A idéntica conclusión llega el TS, afirmando, en primer lugar, la legitimación activa de SGAE y, en segundo lugar, indicando que no ha prescrito el plazo para la reclamación de la indemnización, pues dicho plazo se interrumpió desde

el momento en que se celebraron varias reuniones entre las partes implicadas para resolver la cuestión. (S. L.M.)

94. Constitución de servidumbre de paso esporádico y sin vía permanente ex artículo 564.3 CC.—En el actual estado de la agricultura y los medios que para ella se utilizan, puede afirmarse que el supuesto contemplado en el párrafo tercero del artículo 564 CC ha quedado prácticamente sin vigencia dado que, tanto las labores de preparación de la tierra para el cultivo como las de la extracción de las cosechas, se realizan en la generalidad de los casos mediante el empleo de vehículos que precisan de una vía de tal carácter para su tránsito. La anchura de dicha vía ha de ser, según dispone el artículo 566 CC, la que baste a las necesidades del predio dominante, imponiéndose así el criterio de la necesidad sobre el de la mayor comodidad o mera conveniencia para lograr el menor perjuicio al predio sirviente. (**STS de 15 de febrero de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don G. interpone demanda contra don C. por la que solicita que se declare la existencia de una servidumbre permanente de paso de una anchura de cuatro metros y una longitud de ciento cuarenta metros aproximadamente, señalando como predio dominante una finca de su propiedad «dedicada al cultivo del manzano para posterior elaboración de sidra» y como predio sirviente una parcela del demandado «que se dedica a la explotación pecuaria con presencia de ganado vacuno». El actor solicita igualmente la posibilidad de cercar dicho camino a su costa con alambre de espino y estacas por ambos linderos o, alternativa y subsidiariamente, que se admita la posibilidad de que aquél sea pavimentado con asfalto o cemento.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda en su integridad; posteriormente, la Audiencia Provincial acoge parcialmente el recurso y acuerda la constitución de una servidumbre forzosa de paso con una anchura de tres metros a favor del fundo propiedad del demandante; además, permite al propietario de dicho terreno cerrar ese camino con trancas abatibles para evitar que se escape el ganado que pasta en dicha parcela. El Tribunal Supremo, pese a declarar que ha lugar al recurso interpuesto por don G. y constituir en consecuencia una vía permanente de paso, accede únicamente a la petición subsidiaria de pavimentar el camino con asfalto o cemento. Asimismo, condena al titular del predio dominante a indemnizar al del sirviente, tanto por el valor del terreno que se ocupe, como por el de los perjuicios que se le causen. (M. C. C. M.)

95. Aprovechamiento de leñas y pastos: naturaleza jurídica.—La Sala Primera del Tribunal Supremo en relación con la configuración del aprovechamiento de leñas y pastos como servidumbre o como comunidad mantiene una doctrina uniforme desde su sentencia de 2 de febrero de 1944 (doctrina reiterada en las SSTS de 24 de febrero de 1984 y 16 de febrero de 1987). Afirma nuestro Alto Tribunal que la nota distintiva entre ambas figuras radica en el hecho de que la titularidad dominical de la finca en cuestión per-

tenezca a uno o varios de los interesados en su aprovechamiento o a la totalidad de quienes se reúnan para disfrutarla comunitariamente. En el primer caso existe una servidumbre, mientras que en el segundo caso estamos ante una comunidad, pues hay dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible.

Asimismo el Tribunal Supremo afirma que en ocasiones el aprovechamiento de leñas y pastos se ha configurado «como una limitación del dominio, siempre que se haya impuesto por la Ley a determinados predios y en determinadas condiciones, en cuyo caso habrá que estar al texto de la ley que la imponga».

Menciones registrales: régimen jurídico.—La Sala Primera del Tribunal Supremo recuerda que, conforme a lo dispuesto en los artículos 29 y 98 LH, la fe pública del Registro no se extiende a la mención de derechos susceptibles de inscripción separada y especial, pues no tienen la consideración de gravámenes a efectos de la Ley Hipotecaria y deben ser cancelados por el Registrador a instancia de parte interesada. (**STS de 7 de noviembre de 2006**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xabier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La Junta Vecinal de Vivero de Omaña interpone una demanda contra la sociedad agraria de transformación V. y la entidad *DMB-93, S. L.*, solicitando se dicte una sentencia por la que se declare: *a) el derecho de los vecinos de Vivero de Omaña, representados por su Junta Vecinal, a inscribir en el Registro de la Propiedad el aprovechamiento de leñas y pastos para toda clase de ganados de su propiedad sobre determinados terrenos; b) la obligación de las demandadas de suprimir las cercas de dichos montes o puertos, pues constituyen un obstáculo insalvable para practicar dichos aprovechamientos; c) la obligación de las demandadas de suprimir las barreras que han colocado en varios puntos del Camino del Valle que impiden circular libremente por el mismo; y d) que las demandadas carecen de todo derecho para introducir ganados de su propiedad o de propiedad de terceros en los montes y pacerdos comunales del pueblo de Vivero de Omaña.*

El Juzgado de Primera Instancia estima la excepción de falta de legitimación activa alegada por la codemandada *DMB-93, S. L.*, y desestima la demanda sin entrar a conocer del fondo del asunto. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y entrando en el fondo del asunto, estima parcialmente la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa la sentencia recurrida y desestima la demanda. (*M. J. P. G.*)

96. Hipoteca en garantía de títulos al portador.—Los requisitos que exigen los artículos 154 LH y 247 RH para la hipoteca en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador es el objeto de este pronunciamiento, en el que se considera que el título garantizado con hipoteca es exclusivamente el que circula. En la duda acerca de si se trata de aquel que lleva adheridos los cupones para el pago de los intereses o aquel en el que figuran los datos de la garantía hipoteca que exige el artículo 154 LH, el Tribunal

Supremo se decanta por esta última posibilidad (**STS de 20 de noviembre de 2006**; *ha lugar*) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—El 28 de septiembre de 1988, los cónyuges don Eloy y doña Natalia emitieron catorce títulos al portador: seis por importe de un millón de pesetas (Serie A) y el resto de quinientas mil (Serie B), que fueron garantizados con una hipoteca sobre una finca por importe de diez millones de pesetas de principal y dos millones más para gastos de ejecución. En la escritura de la hipoteca se establecía que el pago de los intereses que devengara la deuda se haría anualmente «mediante la entrega por parte del tenedor del cupón correspondiente a los emitentes». Las cédulas hipotecarias emitidas constaban de una doble matriz, una de las cuales se depositó en el Registro de la Propiedad y la otra debió quedar en disposición de los emitentes según lo dispuesto en el artículo 247 RH. El litigio que da lugar a este recurso enfrentaba, de un lado, a la entidad *«Ruiz y Camacho, S. A.»* (Ruycasas) y, de otro, a *«Creativos de Publicidad, S.A.»*, cada una de las cuales alegaba su cualidad de tenedora legítima de las cédulas hipotecarias, esto es, del título destinado a la circulación, único apto para fundar la acción ejecutiva. *«Ruycasas»* entendía que el suyo era el válido, pues era el único en el que figuraba el sello del Registro de la Propiedad, así como los datos de inscripción de la garantía. En cambio, *«Creativos de Publicidad, S. A.»* sostenía que el válido era precisamente el que carecía de esas indicaciones (a saber, sello del Registro y datos de inscripción de la garantía), debiendo el título de circulación llevar adheridos los cupones de pago de intereses, tal y como sucedía con el que ella tenía en su poder. *«Ruycasas»* entabló demanda contra *«Creativos de Publicidad, S. A.»*, solicitando que se declarase la nulidad del juicio ejecutivo —tramitado con arreglo al artículo 131 LH—, la de la inscripción registral que pudiere haber sido practicada a resultas de la adjudicación en subasta pública de los bienes hipotecados, así como que se declarase su derecho como único y legítimo tenedor de las obligaciones emitidas por don Eloy y doña Natalia. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en todos sus extremos. La entidad *«Creativos de Publicidad»* interpuesto recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Cádiz, quedando revocada la sentencia apelada. Contra esta sentencia la demandante interpuso recurso de casación, que fue estimado en su totalidad. El Tribunal Supremo revoca en esta sentencia el pronunciamiento previo de la Audiencia Provincial de Cádiz por considerar errónea la conclusión del órgano de apelación acerca de que el título que circula (y que, por tanto, puede dar lugar al procedimiento de ejecución hipotecaria) es necesariamente el que lleva adheridos los cupones de pago de intereses. El razonamiento empleado por la Audiencia era doble: de un lado, consideraba que esto debía ser así porque «sólo su tenedor [el del título que lleva adheridos los cupones] está legitimado para cobrar los intereses representados por ellos» y, de otro, porque «sólo así puede [el título] seguir siendo talonario» [exigen- cia, esta última, contemplada tanto en el artículo 154 LH como en

el artículo 247 RH sobre hipotecas en garantía de títulos transmisibles por endoso o al portador]. El Tribunal Supremo no comparte estas argumentaciones que, a su juicio, carecen de sustento legal, ya que ni el artículo 154 LH ni el artículo 247 RH aluden a los cupones de pago de intereses de la deuda, ni mucho menos lo exigen como circunstancia de los títulos a que se refieren. Al contrario, lo que el precepto de la LH prevé para garantizar hipotecariamente los títulos es la constancia en los mismos de «la fecha y Notario autorizante de la escritura, y el número, folio, libro y fecha de su inscripción en los respectivos Registros de la Propiedad y en el Registro Mercantil, cuando así proceda, con arreglo a lo prevenido en el artículo 21, número 10 del Código de Comercio» (art. 154.III LH). Según el Alto Tribunal, aunque materialmente no existe ninguna diferencia entre el título que consta en las dos matrices y el destinado a la circulación, la lógica de las cosas conduce a entender que la norma hipotecaria se refiere a este último, pues sólo la constancia de los datos del artículo 154 LH permitirá al tenedor comprobar la exactitud de lo que va a adquirir. Por todo ello, da lugar al recurso de casación, casando y anulando la Sentencia de la Audiencia Provincial y confirmando la dictada por el Juzgado de Primera Instancia (*N. M. I.*)

97. Hipoteca mobiliaria sobre establecimiento mercantil. Local de negocio arrendado. La intervención del propietario-arrendador del local en la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria tiene distintas consecuencias, según que se limite simplemente a notificarse de la constitución de la hipoteca o consienta la misma.—La norma legal es clara, y parte de la distinción entre los casos en que el arrendador ha consentido la hipoteca mobiliaria (art. 31 LHM), de aquellos otros en que no lo ha hecho (art. 32 LHM). En el caso de que haya consentido la hipoteca, se produce una serie de repercusiones para él, dirigidas a disminuir los supuestos de extinción del arrendamiento para asegurar la mayor estabilidad de la hipoteca, y que justifican la necesidad de la notificación de la sentencia declarando la resolución del contrato para que el acreedor pueda hacer efectiva la acción hipotecaria. Por el contrario, en el supuesto en que el arrendador no haya intervenido en la escritura, ni la haya consentido ulteriormente, sus derechos no deben sufrir alteración alguna, por lo que no está obligado a efectuar ninguna notificación al acreedor en el caso de ejercicio de la acción de resolución. (STS de 23 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—En noviembre de 1995 la sociedad L. otorgó un préstamo a la entidad G., garantizando su devolución con la constitución de una hipoteca mobiliaria sobre el establecimiento mercantil donde la prestataria desempeñaba su actividad, y que ocupaba como arrendataria, en virtud de contrato suscrito con los propietarios Srs. C. y L. El Sr. C compareció al otorgamiento de la escritura de constitución de la hipoteca mobiliaria, notificándose sin más de dicho acto, pero sin manifestar su consentimiento a dicha constitución. En marzo de 1997 los arrendadores inician juicio de desahucio

cio por falta de pago de la renta contra la locataria G., de lo cual informaron al letrado de L. Meses después la prestamista instan el procedimiento judicial sumario para la ejecución de la hipoteca mobiliaria, notificando igualmente al propietario del local. No obstante, cuando se iba a proceder a la subasta se comprobó que el local se encontraba vacío, habiendo desaparecido de allí toda la maquinaria y enseres, que fueron depositados a disposición de la ejecutante L. en un almacén. La mercantil L. demanda a C. y L. reclamando el importe de los daños sufridos como consecuencia de haber sido imposible sacar a subasta el establecimiento mercantil sobre el que estaba constituida la hipoteca mobiliaria y la consiguiente pérdida de del derecho real. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la actora. (L. A. G. D.)

98. Retracto de colindante. Fundamento.—La justificación del retracto de colindantes está basada en el interés público de evitar la excesiva división de la propiedad. No se trata, por tanto, de satisfacer aspiraciones de mejoramiento económico, más o menos legítimas, de los particulares. Esta clase de retracto actúa, pues, como carga de Derecho público que limita la propiedad, motivada por el interés general. La finalidad indicada es la que debe presidir la interpretación del artículo 1253 CC, tal y como ha declarado en reiteradas ocasiones el Alto Tribunal (STS de 12 de febrero de 2000, que cita, a su vez, las de 25 de noviembre de 1895, 11 de febrero de 1911, 5 de junio de 1945, 17 de diciembre de 1958 y 31 de mayo de 1959). La STS de 20 de julio de 2004, con cita de la sentencia de 18 de abril de 1991, se expresa en los siguientes términos: «es doctrina jurisprudencial de esta sala la que determina que la finalidad del retracto de colindantes es facilitar con el transcurso del tiempo algún remedio a la división excesiva de la propiedad territorial rústica-minifundio-allí donde tal exceso ofrece obstáculo insuperable al desarrollo de riqueza; finalidad la expresada que debe presidir la interpretación del artículo 1253 CC y que como todos los retractos legales, y lo es el de fincas rústicas colindantes, son limitaciones de tal clase de propiedad a modo de cargas de Derecho público, pues aunque puedan redundar en provecho de particulares están motivadas por el interés general por lo que habrá de orientarse a cada caso concreto a fin de que se obtenga el resultado querido por el legislador». (STS de 2 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El actor, ahora recurrente en casación, ejercitó frente a los demandados la acción de retracto de colindantes sobre la finca adquirida por éstos, quienes se opusieron a dicha pretensión negando, en síntesis, el carácter de finca rústica de la que era objeto de retracto, y rechazando el precio de compraventa afirmado por el actor. En Primera Instancia se estima la demanda. La Audiencia desestima la demanda por haberse ejercitado la acción con fines contrarios a los perseguidos por el instituto. En el caso concreto, de hecho, la finca adquirida por los demandados no era objeto de cultivo y el actor era de profesión taxista y residente en

localidad distinta de aquella en que se halla el predio, por lo que no se considera que el uso que, en su caso, fuera a darle, fuese agrícola.

El recurrente en casación invoca dos motivos de casación: uno de ellos de carácter procesal (abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción) y uno de carácter sustantivo (infracción de los artículos 1216 y ss. CC y 1253 y 1525 en relación con el 1518). El Tribunal Supremo desestima ambos motivos. (*B. F. G.*)

99. Certificaciones expedidas por funcionarios de la Iglesia

Católica.—La exigencia que impone el artículo 206 de la Ley Hipotecaria, de que la certificación la libre el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los bienes que se inscriben, y el artículo 304 del Reglamento Hipotecario, que aclara que tratándose de bienes de la Iglesia, las certificaciones serán expedidas por los Diocesanos respectivos, no resta validez a la certificación librada por el Canciller-secretario de la Diócesis, porque aún careciendo de facultad de administración, tiene en exclusiva la de expedir certificaciones, conforme a su legislación propia (Código de Derecho canónico, cánones 482, 1.^º y 484.3.^º) que es la aplicable como regulación interna de la Iglesia católica, conforme al artículo 1.4 que le reconoce la personalidad jurídica civil y plena capacidad de obrar, del Acuerdo sobre asuntos jurídicos suscrito por la Iglesia y el Estado de fecha 3 de enero de 1979. Tratado internacional integrante del ordenamiento jurídico español conforme al artículo 96 de la Constitución Española.

Inmatriculación de fincas.—Lo dispuesto en el artículo 53.7 de la Ley 13/1996, de 30 diciembre, acerca de que «en lo sucesivo, no se inmatriculará ninguna finca en el Registro, si no se aporta junto al título inmatriculador certificación catastral descriptiva y gráfica de la finca, en términos totalmente coincidentes con la descripción de ésta en dicho título», no da lugar a la nulidad de la inscripción porque va dirigido al Registrador de la Propiedad y su infracción puede dar lugar a responsabilidad pero no a nulidad, tanto más cuanto es una infracción que puede subsanarse y por razón de que el Catastro no proclama, ni garantiza, ni siquiera protege, el derecho de propiedad.

Accesión.—La declaración de propiedad sobre el suelo implica también la adquisición de la propiedad, por accesión, de lo edificado sobre dicho terreno. (**STS de 16 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El Ayuntamiento de Alzira interpone demanda contra el Arzobispado de Valencia, ejercitando acción reivindicatoria respecto a una ermita situada en terreno inscrito en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento en 1944, por pertenecerle desde tiempo inmemorial y tener la posesión quieta y pacífica sin constar fecha de adquisición ni procedencia. Esta inscripción de posesión pasó por conversión a ser inscripción de dominio en 1987. Por su parte el Arzobispado mantiene que obtuvo inscripción de dominio sobre «finca rústica, edificio» en 1997, en virtud de la certificación que prevé el artículo 206 de la Ley Hipotecaria por posesión inmemorial de la misma.

El Ayuntamiento solicita que se declare su derecho de propiedad sobre la finca en cuestión, se condene al cese de actos posesorios y a la cancelación de la inscripción registral de dominio a favor del Arzobispado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó íntegramente la demanda y declara que la propiedad del monte sobre el que se levanta la Ermita pertenece al Ayuntamiento, que éste tiene posesión inmemorial sobre la misma, y que le pertenece por accesión la propiedad sobre la ermita edificada, careciendo el Arzobispado de título de dominio sobre la ermita-santuario.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación. Reconoce que los títulos de dominio invocados por una y otra parte son el mismo: la posesión inmemorial por más de treinta años, y considera que el Ayuntamiento nunca ha tenido reconocidos derechos dominicales sobre el santuario y el título de dominio del Arzobispado se acredita, no tanto por él sino más bien por no considerar acreditado el del Ayuntamiento.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandante el Tribunal Supremo declaró no haber lugar y confirmó en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (R. D. R.)

100. Fe pública registral. Requisitos.—El Tribunal Supremo interpreta en esta sentencia el principio de fe pública registral, ofreciendo algunas conclusiones sobre el concepto de tercero y de buena fe, así como sobre el momento en que este elemento subjetivo ha de ser apreciado. Los demandados en este procedimiento alegaban su condición de terceros protegidos *ex artículo 34 LH*, al tratarse de los adquirentes a título oneroso de un derecho de uso exclusivo sobre un anejo dentro de un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal, que habían recibido de manos de su titular registral. En efecto, la apariencia mercedora de protección provenía de la inscripción de tal dependencia a nombre exclusivo de la persona que les había transmitido el derecho, quien a su vez la había adquirido del promotor (otro titular registral de esa finca). El Tribunal Supremo considera que los demandados, subadquirentes en esta relación lineal, debían quedar protegidos en virtud del principio de fe pública registral contenido en el artículo 34 LH. En primer lugar, porque se trataba de *terceros* en el sentido de *adquirentes jurídicamente ajenos a aquellos actos que contradicen la titularidad del transmitente* [en este caso, la compraventa entre el promotor y la primera adquirente] y, *en consecuencia, a la formación defectuosa, resoluble o meramente ficticia de su derecho, o a los actos por los que se despoja de una titularidad que antes tenía* [alusión a la posibilidad de incluir dentro de este precepto tanto las relaciones angulares –doble venta– como las lineales –transmitente/primer adquirente/subadquirente–]. Por otro lado, la buena fe necesaria para *mantener al tercero en su adquisición*, al margen de los avatares jurídicos de la titularidad del vendedor, también se entendía cumplida en este caso. El Tribunal Supremo advierte que este elemento subjetivo ha de apreciarse en el momento de la adquisición (*mala fe superveniens non nocet*) y que, en este supuesto concreto, la presunción de su concurrencia no había quedado desvirtuada por no existir una clara discordancia entre lo proclamado por el Registro y la realidad física. Por otro lado, frente a la alegación de la recurrente de que los adquirentes lo habían sido a *título gratuito*,

al haberse incluido el anejo en una escritura posterior en la que no se había pactado precio, el Tribunal Supremo mantiene el carácter oneroso de la adquisición: «El dato de que la transmisión del uso del elemento controvertido a los demandados se incluyera en una escritura pública posterior –de 10 de abril de 1978- (*sic*) que aclaraba y subsanaba la anterior –de 2 de mayo de 1978- no afecta a la naturaleza onerosa del único negocio jurídico celebrado que fue el de compraventa, aunque en la escritura posterior no se fijara un precio nuevo o distinto por ello, ya que se limitó a incluir lo que, registralmente, constituía un derecho inseparable del dominio que se transmitía» (**STS de 7 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La Comunidad de Propietarios de un edificio sito en la Albufereta de Alicante instó demanda contra don Joaquín y doña Carolina, propietarios de uno de los elementos privativos [en los antecedentes de hecho se habla de la propiedad de una *finca*], solicitando la nulidad y posterior cancelación de la inscripción registral [a su nombre] de una dependencia de unos 19 metros cuadrados, situada a un nivel un poco más alto que el sótano, que era calificada como *elemento anejo de uso y conservación exclusiva de la finca* para servicios de vestidor, aseo y cocina. Alternativamente, la Comunidad solicitaba que se condenara a los demandados a no transmitir ese derecho de uso, absteniéndose de efectuar cualquier acto de disposición o arrendamiento a favor de terceros. En este procedimiento se dan como hechos probados los siguientes: la dependencia se hallaba inicialmente inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre del promotor, como finca independiente, tal y como figuraba en el título constitutivo de la Propiedad horizontal, otorgado el 12 de abril de 1969 (e inscrito en el Registro de la Propiedad el 21 de octubre de ese mismo año). El promotor la enajenó posteriormente –como anejo de uso y conservación exclusiva- a doña Mari Trini –casada con don Juan Pablo– el 2 de febrero de 1976. Dos años más tarde, los compradores la vendieron nuevamente a don Joaquín y doña Carolina –los demandados en este procedimiento- mediante escritura pública otorgada el 2 de mayo de 1978. Aunque el citado anejo de uso y conservación exclusiva no quedó inicialmente incluido dentro de la venta, este defecto fue posteriormente subsanado a través del otorgamiento de una nueva escritura el 10 de abril siguiente. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando la nulidad parcial de la inscripción registral en cuanto al elemento anejo y ordenando consecuentemente su cancelación. Contra esta sentencia los demandados interpusieron un recurso de apelación, que fue estimado por la Audiencia Provincial de Alicante en su totalidad. Con base –entre otros- en la vulneración del artículo 34 LH, párrafos primero y segundo, la Comunidad de Propietarios entabló un recurso de casación, que fue desestimado por el Tribunal Supremo (*N. M. I.*)

DERECHO DE FAMILIA

101. Régimen económico matrimonial: confesión de privatividad.— La doctrina ha venido considerando que la expresión *confesión* contenida en el artículo 1324 CC no puede tomarse en el sentido que tenía en la Lec. 1881, ni en los ahora derogados artículos 1231-1239 CC; ciertamente la confesión recae sobre hechos y también puede hacerlo sobre situaciones jurídicas, como ocurre en el caso presente, en que se confiesa sobre titularidades jurídicas y también puede destruirse por prueba en contrario; pero confesado por uno de los cónyuges que los bienes objeto de la confesión son privativos del otro, ello confiere una titularidad, no sólo *inter partes*, sino *erga omnes*, con la excepción de los acreedores y legitimarios. Como afirma la STS de 25.09.01, el artículo 1324 atribuye eficacia probatoria sólo *inter partes*, es decir en el ámbito de las relaciones entre los cónyuges, y más concretamente del uno frente al otro, al preservar los intereses de los herederos forzados del confesante y de los acreedores, para no blindar situaciones de posibles fraudes.

Requisitos: efectos.—Los requisitos para que esta confesión produzca efectos entre los cónyuges son: 1) que el autor de la declaración sea uno de los cónyuges; 2) que el confesante sea aquel a quien deba perjudicar la confesión; 3) que el confesante tenga la capacidad de obrar y poder de disposición, y 4) que la confesión se haya efectuado constante matrimonio. Concurriendo estos requisitos tal confesión de privatividad es válida y eficaz y desvirtúa la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC, produciendo «plena eficacia entre los cónyuges a quienes afecta» (STS. 15.01.01), añadiendo la STS. de 25.09.01 que «el artículo 1324 contempla una prueba lícita que se presenta perjudicial a los intereses económicos del que la presta, pero refuerza su autonomía y libre decisión, que ha de relacionarse con su voluntad expresada de poner de manifiesto la realidad de las cosas, por lo que la privatividad de la finca se presenta plenamente en todos sus efectos, ya que la manifestación tuvo lugar vigente el matrimonio, pues los litigantes se divorciaron por sentencia muy posterior».

En el presente caso: 1.) La confesión vincula a la esposa, de modo que independientemente del origen de los bienes invertidos y de si existió, o no, un negocio subyacente, los bienes objeto de la misma, un paquete de acciones, tienen la cualidad de privativos del marido. 2.) El origen ganancial de los bienes invertidos en la adquisición de acciones no implica que éstas tengan la condición de gananciales, ya que son posibles las relaciones entre las masas privativas y gananciales, pudiéndose generar válidamente un crédito de la sociedad contra un cónyuge. 3.) La confesión de privatividad no tiene eficacia traslativa ni atribuye un título, sino que se limita a constatar que unos determinados bienes tienen como titular exclusivo a uno de los cónyuges.

Reembolso del valor satisfecho a costa del caudal común: interpretación del artículo 1358 CC.—Este precepto está estableciendo una deuda de valor respecto del nominal de la cantidad debida por el marido, que debe actualizarse corrigiendo las alteraciones del valor de la moneda, de modo que la cantidad que se reembolse tenga el mismo valor adquisitivo que la que se obtuvo como préstamo por parte de la sociedad; por tanto, el artículo 1358 no obliga a computar el valor de lo adquirido - en este caso, un paquete de acciones -, sino el préstamo actualizado, cosa esta última comprensible porque normalmente se pagará años después de haberse efectuado y también

porque, por regla general, no genera intereses. Adviértase, por último, que el préstamo que ha hecho la sociedad de gananciales al marido no es, técnicamente, una inversión.

Carácter privativo de una remuneración extraordinaria.—La Junta General de una sociedad a la que pertenecía el marido acordó concederle una remuneración extraordinaria por »sus actuaciones y diligencia en estos últimos días para llevar a término y organizar adecuadamente los procesos que se están desarrollando en la reestructuración interna de la sociedad». Esta remuneración extraordinaria debe tener la consideración de acto a título gratuito, más cercano a las donaciones remuneratorias aunque este último carácter no ha ido probado, por lo cual debe aplicarse el artículo 1346-2.^º (**STS de 29 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

102. Sociedad de gananciales: extinción por separación o divorcio: fecha de la liquidación: doctrina general.—Es la establecida en la sentencia, según lo dispuesto en el artículo 95 CC sin que puedan determinarla las medidas provisionales, ni la separación de hecho de los cónyuges. Deben distinguirse dos tipos de medidas durante la tramitación de los procesos de separación. 1. Las que se producen automáticamente una vez admitida a trámite la demanda, que están contenidas en el artículo 102 CC y que consisten en la separación personal de los cónyuges y el cese de la presunción de convivencia, así como la extinción de los poderes que se hubieren otorgado mutuamente. 2. Las medidas que pueden acordarse previa petición de los cónyuges y, en su defecto, por el Juez, que son las contenidas en el artículo 103 CC, estableciendo el artículo 104 que «el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores». Entre éstos, el artículo 103.4 CC permite al Juez «señalar atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que se han de observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que se reciban y los que adquieran en lo sucesivo». Por tanto, esta regla no determina la extinción del régimen de gananciales, sino que lo que en realidad señala es su continuación, a pesar de una interposición de una demanda de separación y está destinada a proteger los intereses del cónyuge que no tenga la administración de estos bienes, pero nada más. La jurisprudencia (SSTS de 17.06.88, 23.12.92, 27.11.98 y 11.10.99) está admitiendo que la separación de hecho consentida por ambos cónyuges produce la extinción del régimen económico matrimonial de los gananciales; pero también en este caso la extinción debe ser declarada por el Juez (art. 1393-3.^º CC) que determinará que sus efectos se produjeron en el momento en que se inició la separación libremente consentida.

Plan de pensiones: calificación.—Son hechos probados: 1. Que el plan de pensiones cuya ganancialidad se discute, fue constituido en 1990, constante matrimonio. 2. Que se trata de un Plan perteneciente al sistema de empleo. 3. Que los partícipes no han aportado ninguna cantidad al Plan, tal como establece en el reglamento que lo regula y según el certificado que consta en los autos. Se discute por la doctrina la naturaleza de las aportaciones que los empresarios efectúan a los Planes de pensiones el sistema de empleo, y si se aceptara la cualidad que lo considera una forma de salario, deberían ser considerados como bienes gananciales, mientras si se opta por

la otra alternativa, deben quedar excluidos de tal condición pasando a convertirse en privativos. La primera nota distintiva respecto de los salarios radica en que, si bien se trata de una prestación económica a favor del trabajador, no produce un incremento de su patrimonio, sino que pasan a formar parte de un Fondo de pensiones que será gestionado por un tercero, de manera que los partícipes no tienen ningún control sobre las cantidades que lo integran. En el presente caso, el marido sólo podría beneficiarse del Plan en caso de jubilación, invalidez absoluta y permanente, viudedad y orfandad; además la empresa efectuaba la totalidad de las aportaciones. Por todo ello, debe concluirse que no entran dentro de las prestaciones salariales que deben tener la naturaleza de bienes gananciales. Puede invocarse por analogía la doctrina jurisprudencial a propósito de la pensión de jubilación como bienes privativos, tal como han establecido las SSTS de 20.12.03 y 20.12.04, pues la función del Plan de Pensiones es completar las pensiones de jubilación a que tendría derecho el partícipe/trabajador en el momento de su retiro (**STS de 27 de febrero de 2007**; ha lugar en parte.) [PONENTE EXCM. SRA. DÑA. ENCARNACIÓN ROCA TRÍAS.]

NOTA.-Interesante declaración jurisprudencial sobre el carácter privativo de este tipo de planes de pensiones cuyo patrimonio está formado exclusivamente por aportaciones empresariales, cuya atribución al beneficiario se condiciona a alcanzar la jubilación u otras situaciones similares. Calificación razonable que, no obstante, puede variar cuando el beneficiario colabora, incluso exclusivamente, a su formación con bienes de distinta procedencia, privativa o ganancial (*G. G. C.*)

103. Gananciales: separación de hecho prolongada: carácter privativo de bien adquirido con bienes propios después del cese de convivencia: doctrina jurisprudencial.—Es sólida la corriente jurisprudencial que señala que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida entre los cónyuges, con lo que se viene a mitigar el rigor literal del núm. 3.º del artículo 1393 del CC, y ello al objeto de adaptarlos a la realidad social y al principio de la buena fe. Así, es la separación de hecho la que determina, por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierdan sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia (STS de 27.01.98); entenderlo de otro modo significaría un acto contrario a la buena fe, con manifiesto abuso de derecho, al ejercitar un aparente derecho más allá de sus límites éticos; pero lo anterior no obsta, por otra parte a considerar persistente la naturaleza ganancial de los bienes que tuvieran la condición de gananciales antes del inicio de la separación de hecho, cuando la sociedad estaba fundada en la convivencia (STS de 18.11.97). La aludida orientación jurisprudencial no puede ser mitigada ni condicionada en función de la duración del periodo de separación de hecho previo a la adquisición del bien en cuestión, siendo el único dato determinante, como sentó la STS de 26.04.00,

la efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal, extremo éste sobradamente acreditado en autos, ya que la separación de hecho operada fue radical, hasta el extremo de iniciar cada cónyuge la residencia en países diferentes, sin que se volviese a reanudar la convivencia, rompiendo incluso, pese a la existencia de un hijo en común, cualquier tipo de comunicación; significativo a este respecto resulta también el hecho de que en la muy posterior demanda de separación judicial ninguna referencia hiciese la hoy actora al inmueble en cuestión. Esta doctrina jurisprudencial, que no exige ninguna declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales, pugna con la letra de los artículos 1393-3.^º y 1394 CC (**STS de 23 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

NOTA.—El matrimonio se celebró el 15 enero 1970 y al poco se traslada a Alemania, naciendo un hijo; a los dos años el matrimonio se separa de hecho, retornando la esposa a España con el hijo, sin haberse reanudado la convivencia conyugales en ningún momento. En 1974 el marido adquiere en documento privado, un piso en Cataluña, que inscribe a su nombre como presuntivamente ganancial en 1996 después de haber abonado los plazos del precio pendiente de pago. En 1990 la mujer insta, en España, la separación judicial que se declara, en rebeldía del marido. En 1998 la mujer solicita que se declare el carácter ganancial del mencionado piso, a lo que se opone su marido. El JPI estima la demanda, pero la AP admite el recurso de apelación y declara el carácter privativo del piso con base en la doctrina jurisprudencial, que confirma la s. extractada. La aplicación al caso de la mencionada doctrina no suscita duda. En cambio la generalización de la innecesidad de declaración judicial para que se extinga la sociedad legal por el mero hecho de la separación de hecho, no deja de suscitar dudas y también resulta contradictoria, al menos en apariencia, con la STS de 27 de febrero 2007. La situación de hecho, como tal, es difícil de constatar y valorar jurídicamente; hay que atender a las motivaciones de quienes se han separado, ya las exterioricen ya puedan deducirse de sus actos concluyentes; la propia s. extractada excluye la mera interrupción o cese de la convivencia (incluso -añado- aunque ocurra en los prolegómenos de una crisis, por ej. como medio de permitir una mayor reflexión a los cónyuges). Requiere, sin duda, la separación de hecho una consolidación fáctica - valga la redundancia -, que implica que cada cónyuge haya construido su vida al margen del otro, de modo concluyente, como así ocurrió efectivamente en el caso de esta s. ¿Puede sostenerse que, acaecido lo anterior, cada cónyuge está en su derecho el dar por extinguida la sociedad? Cabe un acuerdo a este respecto, previo o a posteriori, de ambos; pero en caso de discrepancia razonada por alguno, parece imprescindible que se logre una declaración judicial que así lo establezca y sigue ordenando el CC. (G. G. C.)

104. Filiación no matrimonial: reclamación de paternidad: negativa no justificada del padre a someterse a prueba biológica: amparo constitucional prestado al presunto padre: prueba: requisitos de los

índicios relevantes: doctrina jurisprudencial.—Ofreciendo una especial relevancia como indicio la negativa a la práctica de la prueba biológica, al menos cuando, como ocurre en el presente caso, esta negativa no ha sido acompañada de ninguna razón significativa que la justifique, los demás indicios concurrentes no es exigible que generen una virtualidad probatoria plena por sí mismos, ni siquiera que sean aptos para jugar un papel preponderante en la construcción de la presunción, sino que basta que tengan una eficacia coadyuvante en términos de normalidad o razonabilidad desde el punto de vista del orden acostumbrado en las cosas, acreditado por la experiencia, para corroborar el indicio especialmente significativo derivado de la negativa a la práctica de la prueba pericial biológica. Así la existencia de indicios de este carácter, según la orientación que se ha consolidado en nuestra jurisprudencia, priva de justificación a la negativa y colma su eficacia indicaria. Desde esta perspectiva, la plataforma fáctica que demuestran la observación por diferentes personas que los conocen de actitudes de familiaridad, compañía y expresión de una relación de cariño durante un periodo de tiempo significativo entre los litigantes, anterior y coincidente con el de la concepción que permiten reconocer la verosimilitud, en términos de razonabilidad, de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes, integra un conjunto de hechos desde luego insuficientes para fundar por sí mismos la determinación de la paternidad en virtud de una presunción *hominis*, pero a los que es fuerza reconocer un valor coadyuvante de relevancia suficiente para colmar una presunción de paternidad apoyada solidariamente en la negativa injustificada del afectado a someterse a la prueba biológica como indicio especialmente cualificado en el concierto jurídico de los derechos afectados—, pero necesitado para su plena virtualidad —en el sistema constitucional de derechos fundamentales, interpretado por el TC— del apoyo de otros indicios, como los que en este caso se han extraído de la prueba practicada en el proceso con todas las garantías, hemos ponderado racionalmente según las reglas del derecho humano (**STS de 27 de febrero de 2007; ha lugar.**) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La demanda ejercitada por la madre contra el presunto padre se interpone en 1991, siendo desestimada por el JPI en 1995; igual suerte corre el recurso de apelación interpuesto por aquélla, por sentencia de la AP dictada en 1996; pero la Sala 1.^a TS estima el recurso de casación, por s. del 2001, declarando la paternidad no matrimonial del demandado, frente a la cual el declarado padre recurre en amparo ante el TC, que se le otorga por sentencia del 2006, declarando que se ha vulnerado el derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva, ordenando anular la s. del TS con retroacción de actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictarse aquélla, para que se pronuncie una nueva resolución que sea respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva del actor. En resumen: sobre el mismo tema se han dictado seis resoluciones de distintos órganos jurisdiccionales, prevaleciendo en definitiva las emanadas del TS (en términos matemáticos: dos frente a cuatro, lo que extraña un tanto cuando el *vencido* —por decirlo gráficamente— ha sido el TC). El debate gira en torno a la aplicación del artículo 135 CC, procedente de la reforma de 1981, a cuyo tenor: «Aunque no haya prueba directa de la generación o del parto, podrá declararse la filiación que resulte del reconocimiento expreso o tácito, de la

posesión de estado, de la convivencia con la madre en la época de la concepción o *de otros hechos de los que se infiera la filiación, de modo análogo*». Un especialista en la materia como Rivero Hernández (*Comentarios Min. Justicia*, I, pg. 504) advirtió que «esta especie de cláusula general de cierre es no sólo nueva en nuestra historia legislativa, sino insólita en Derecho comparado», y, prudentemente, discurre sobre «actitudes posibles y defensas del demandado ante la acción de reclamación de filiación» (loc. cit. pg.505; expresiones que literalmente se recogen en *Lacruz et alii, Elementos*, IV, Madrid, 2005, pgs. 358 s.). La reforma de 1981 no prece llegó a prever la difusión de la negativa de los presuntos padres a practicar la prueba biológica, obligando al TC a elaborar una doctrina que luego ha sido aceptada por el TS, y normativizada en la nueva Lec.2000, que ha recogido literalmente el primitivo artículo 135 CC en el nuevo artículo 767.3 de aquélla, añadiendo el ap. 4 en los siguientes términos: *La negativa injustificada a someterse a la prueba biológica de paternidad o maternidad permitirá al Tribunal declarar la filiación reclamada, siempre que existan otros indicios de la paternidad o maternidad y la prueba de ésta no se haya obtenido por otros medios*. En el presente caso sigue aplicándose el derogado artículo 135 CC y la doctrina jurisprudencial recaída abundantemente. La accidentada historia del caso aquí resuelto obliga a plantearse algunos interrogantes: ¿Estamos ante un nuevo enfrentamiento entre el TC y el TS? ¿Qué utilidad ha tenido para el presunto y, en definitivo, declarado legalmente padre, el amparo constitucional otorgado? ¿No cabe entender como motivo fundado para la negativa del demandado la absoluta convicción de no ser el padre?

El TC, con referencia a la inicial STS de 27.12.01, concede el amparo por entender que «la respuesta que ofrece el órgano judicial no cuenta con una motivación suficiente desde la perspectiva de la exigencia constitucional contenida en los artículos 24.1 y 120.3 CE, en tanto no exterioriza los aspectos más esenciales del razonamiento que han llevado a la adopción de la decisión, ni permite al justiciable conocer las bases sobre las que se asienta el proceso lógico que condujo al Tribunal a concluir afirmando la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales al tiempo de la concepción, o deducir cuál ha sido la *ratio decidendi* para resolver en los términos antes expuestos la cuestión que se planteaba en el recurso de casación. En efecto, la frase sobre la que se basa la decisión del Alto Tribunal, según la cual ‘las pruebas aportadas a los autos, singularmente la prueba testifical practicada, permiten afirmar la verosimilitud de la existencia de relaciones sexuales entre los litigantes’, no resulta suficiente para desvirtuar el análisis que hizo la sentencia de instancia al respecto.»

Parece claro que el amparo se otorga por *falta de motivación* de la sentencia de la Sala 1.^a TS impugnada, defecto de singular relevancia cuando las dos sentencias de instancias son concordes en rechazar la demanda de la madre, pese a la negativa del padre presunto a la práctica de la prueba biológica, por carecer los indicios alegados de entidad suficiente, después de una minucioso análisis de la prueba practicada. Interpretando ahora la sentencia del TC, la

s. extractada afirma que la sentencia de éste *no presupone un criterio de resolución sobre el fondo del asunto, sino que nos obliga a dictar una nueva sentencia respetuosa con el derecho a la tutela judicial efectiva, y acompañada, por consiguiente, de una adecuada motivación*. Acaso habría que precisar que tal sentencia, no impone, pero tampoco prohíbe, una nueva resolución contraria a la primera. Lo esencial será proporcionar al fallo que se dicte la adecuada motivación. Si de sabios es rectificar, a nadie puede extrañar que *res melius perpensa* el TS modifique el sentido de su sentencia anterior como resultado de una nueva argumentación sobre los mismos hechos. Pero ello no ha ocurrido así, y en una prolífica argumentación contenida en los FD 4.^º a 8.^º de la s. aquí extractada trata de las siguientes cuestiones: 1) Valor de la negativa a la prueba biológica de la paternidad. 2) Valor de los indicios coadyuvantes. 3) Facultad de calificar los hechos en este grado jurisdiccional. 4) Valoración de la prueba efectuada en ambas instancias. 5) Examen de la existencia de indicios sobre la paternidad reclamada en el proceso. 6) Conclusión. (recogida en la doctrina extractada).

Pocas veces el TS ha descendido al terreno de la interpretación de los meros indicios en las relaciones hombre-mujer con tanta minuciosidad como en este caso, y, todo ha de decirse, no siempre de modo convincente. En mi opinión, una, al parecer prolongada relación con alternativas, de amistad, de carácter laboral e incluso afectiva, pero no traducida en convivencia, ni siquiera temporal, no induce necesariamente la existencia de relaciones sexuales de las que derivar la filiación no matrimonial reclamada; una prueba exclusivamente testifical, escasa y titubeante, que es reinterpretada un tanto artificiosamente en la nueva sentencia, tampoco es factor de convicción; dos telegramas dirigidos por la madre al demandado con motivo del nacimiento y del bautismo del hijo que alumbró, no parecen probar mucho. En resumen, una nueva sentencia del TS que confirma su postura ampliamente aperturista a la hora de interpretar el antiguo artículo 135 CC., y ahora el artículo 767.ap. 3 y 4 Lec.2000 (G. G. C.)

DERECHO DE SUCESIONES

105. Testamento: interpretación de la voluntad testamentaria: medios extrínsecos.—La finalidad de la interpretación testamentaria es la averiguación de la voluntad real del testador - que es la manifestada en el momento en que realizó el acto de disposición, es decir, en el instante del otorgamiento del testamento (SSTS 29.12.97 y 23.01.01) - sin que el intérprete pueda verse constreñido por las declaraciones o por las palabras, sino que su objetivo ha de ser descubrir dicha intención, que prevalece sobre aquéllas porque constituye el fin de la hermenéutica testamentaria según el artículo 675 CC, y ha sido recogida por abundante doctrina jurisprudencial concerniente a este precepto (SSTS entre otras de 09.03.84, 09.06.87, 03.11.89, 26.04.97, 17.07.98, 24.05.02, 18.07 y 28.09.05). Entre los medios de interpretación testamentaria se encuentran primordialmente los siguientes: elemento literal o gramatical, del que procede partir según el artículo 675 y,

además, con la presunción de que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad (STS 18.07.05); los elementos sistemático, lógico y finalista, empleados de forma conjunta o combinada, sobre la base de la consideración del testamento como unidad (STS del 31.12.92); los elementos de prueba extrínsecos, que son admitidos por la doctrina científica y jurisprudencial (entre otras SSTS de 29.12.97, 18.07.98, 24.05.02 y 21.01.03), ya sean coetáneos, previos o posteriores al acto testamentario.

Testamento ológrafo redactado en tarjeta de visita remitida por correo urgente: validez como testamento ológrafo.—Interpretado el manuscrito de Don Marco Antonio de 16.02.94, obrante en la tarjeta de visita, conforme a los criterios recién mencionados, y, principalmente, según los elementos literal o gramatical y de prueba extrínsecos, esta Sala considera la existencia de la voluntad real en éste de la disposición de todos sus bienes para después de su muerte a favor de Don Pedro, lo que se confirma con el propio texto de la carta de 17.02.94, amén de que aparecen acreditados en las actuaciones, los hechos de la ruptura, desde tiempos atrás, de las relaciones sentimentales habidas entre el firmante de esos documentos y D.^a Irene; el conocimiento que de su última voluntad han tenido varios de los testigos que declararon en el proceso; el cambio de titularidad de la cuenta corriente abierta en la sucursal bancaria, realizado después de su regreso de París, con la sustitución del nombre de la demandada, determinado conjuntamente con el del fallecido en la misma, por el de Don Pedro; la contratación de dos pólizas de seguro de vida por don Marco Antonio, asimismo a su vuelta de París, en que nombraba beneficiario a Don Pedro; y la amistad que desde la infancia unía a uno y otro.

Interpretación.—En la tarjeta de visita se utiliza la expresión *mi deseo de sustituir*, y, según el Diccionario de la Lengua Española, el vocablo *desear* significa *aspirar con vehemencia al conocimiento, posesión o disfrute de una cosa*; para el Diccionario de María Moliner, *desear* es *tender con el pensamiento al logro o realización de algo que proporcionaría alegría o pondría fin a un padecimiento o malestar, y deseo*, entre otras acepciones, quiere decir *intención* o *interés*; lo que representa una actitud similar a *voluntad*, de la que es sinónima y, en la práctica, es utilizada, a veces, en este sentido, en testamentos notariales. Además, la circunstancia de que don Marco Antonio no acudiera a la notaría para otorgar nuevo testamento con la nominación del actor como heredero, configurada como transcendental para la sentencia de apelación desde el regreso de aquél a Madrid, no era precisa en este caso, en virtud de que el negocio jurídico formal determinado en la tarjeta de visita se había canalizado de acuerdo con las normas prescritas en el CC para el testamento ológrafo, y el testador no tenía que validar su voluntad mediante otro testamento notarial. (STS de 19 de diciembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La cuestión litigiosa se centra primordialmente en la determinación de si la tarjeta de visita y la carta que la acompañaba, remitidas por don Marco Antonio al demandante, don Pedro, -su amigo de infancia -,desde Francia por correo urgente, a cuya capital se había desplazado en 1994 para el tratamiento facultativo de una gravísima enfermedad, constituyían o no testamento ológrafo; de serlo resulta que instituyó heredero en él a don Pedro, y dejaba sin efecto su anterior testamento notarial otorgado en 1986 en favor de doña Irene como heredera exclusiva; el testador falleció

en Madrid en enero de 1995. Obra en los autos la fotocopia de una carta manuscrita con el siguiente contenido literal: «17.02-94.— 95110 Sannois (France). Sr. D. Pedro - Se adjunta una tarjeta de visita, con orden de cambio notarial, del nombre de Irene por el de: Pedro X. Firmado: Marco Antonio (sigue una firma) DNI». También se encuentra en las actuaciones la fotocopia de una tarjeta de visita de Marco Antonio, Ingeniero Industrial, Diplomado en Economía de Empresas, Dpto de Ingeniería, Empresa Nacional de Gas SA (sigue dirección postal) cuyo texto manuscrito dice textualmente lo siguiente: »Querido Pedro: Dado el adverso y persistente clima, que para mi lesión cardíaca domina en España, me vine a París sin conseguir salir de la gran borrasca. En espera de que esto lo podamos comentar con una gran dosis de humor, te antípico, y disculpa la faena, mi deseo de sustituir el nombre de Irene, por el de Pedro, único testamento notarial - Araceli y R (sigue una firma) con la confianza de que des un aire alegre a eso que Don F. de Q. y V. llama «Poderoso Caballero D...». Las llaves del estratégico pisito, las tiene Estela (Faramec.) quien ha tenido a bien custodiar, a quien agradecerás, y te/me pondrás a su entera disposición,- Recuerdos y un abrazo (sigue una firma)». El expediente de protocolización terminó denegado por auto de sobreseimiento, dejando a las partes el derecho para ejercitárolo en el juicio que les correspondiera. El JPI estimó la demanda interpuesta por don Pedro, siendo revocada la s. por la AP.

NOTA.—Hasta ahora la litigiosidad entre los miembros de las parejas de hecho que dejaban de serlo giraban habitualmente en torno a las consecuencias de la ruptura inter vivos, aunque las demandas pueden presentarse, incluso, después de la muerte de alguno de sus miembros. Pero aquí tenemos otro escenario en el que Irene tiene a su favor nada menos que un testamento abierto en el que se le designa heredera exclusiva de los bienes de Marco Antonio. Nada hay en los autos que aluda a discusiones entre ellos en el momento de la ruptura; por tanto: *separation à l'amiable!* Por otra parte, Marco Antonio carece de herederos legítimos o abin-testato, y así quien litigue con Irene va a ser un amigo de la infancia. Nos enfrentamos a un auténtico testamento ológrafo epistolar (como calificó Teodora F. Torres, *El testamento ológrafo*, [Madrid 1977] p. 254, núm. 61, al contemplado en la famosa STS de 08.0618, que no lo era realmente sino que estaba redactado sobre la primera carta de novios), que, sin embargo, no logró ser protocolizado por la oposición de Irene, y que tiene la singularidad de estar escrito, con los requisitos legales, en una tarjeta de visita del testador, escrita en mesurado y elegante tono humorístico y, en cierto modo, en clave. La frase fundamental es *te antípico .. mi deseo de sustituir el nombre de Irene, por el de Pedro.* A mi juicio, sólo acudiendo a la prueba extrínseca podía atribuirse sentido a la misma. Dada la formación que posee el testador no cabe excluir que le fueran familiares el concepto y los requisitos del testamento ológrafo, y ello permite dar un sentido al hecho de no haber otorgado nuevo testamento ordinario al regresar a su domicilio en España, durante el tiempo relativamente amplio de que dispuso para hacerlo antes de su muerte (pero ¿cuál era, entonces, su estado de salud?), y sí,

en cambio para modificar titularidades de cuentas bancarias y contratar un seguro de vida en beneficio de Pedro. Un ejemplo de la vitalidad perenne del testamento ológrafo (*G. G. C.*)

106. Usufructo legal del cónyuge viudo. Extinción en el Derecho civil catalán si su titular contrae nuevo matrimonio: no procede aplicar por analogía el artículo 107 LH.—Conforme a lo dispuesto en el artículo 250 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, el usufructo legal del cónyuge viudo se extingue si éste contrae nuevo matrimonio. En relación con esta cuestión, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación por analogía de lo previsto en el artículo 107.1 LH para el caso en que el usufructo se extinga por voluntad del usufructuario, pues considera que el citado precepto se refiere exclusivamente al derecho de hipoteca y es una excepción a lo dispuesto con carácter general en el artículo 480 CC.

Usufructo: ámbito de aplicación del artículo 498 CC.—Afirma la Sala Primera del Tribunal Supremo que el citado precepto resulta aplicable cuando se ejercitan acciones indemnizatorias y no cuando se ejercita una acción real de restitución como consecuencia de la extinción del usufructo.

Por otra parte, nuestro Alto Tribunal considera que el artículo 498 CC, interpretado conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 480 CC, no elimina las obligaciones que tiene el usufructuario al que se ha cedido onerosamente el usufructo con el nudo propietario, sino que refuerza la protección de éste permitiéndole actuar también contra el usufructuario cedente. (**STS de 27 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Don R. era titular de un derecho de usufructo sobre determinada finca en virtud de la enajenación que del mismo realizó a su favor la madre de doña L., titular del usufructo de la mitad de la herencia de su esposo que falleció sin otorgar testamento.

La madre de doña L. contrae nuevo matrimonio y su hija doña L. (en su condición de nudo propietaria), al amparo del artículo 250 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, considera que el usufructo se ha extinguido e interpone una demanda contra don R. solicitando se dicte una sentencia con los siguientes pronunciamientos: *a*) que se declare la plena eficacia de la extinción del usufructo sobre la mitad indivisa de la finca litigiosa, del que es titular don R., con consolidación del pleno dominio a favor de doña L., titular de la plena propiedad de una mitad indivisa y de la nuda propiedad de la restante mitad indivisa, ordenando la práctica de las inscripciones necesarias en el Registro de la Propiedad donde se halla inscrita la finca; *b*) que se condene a don R. a restituir a doña L. la posesión de la finca, en la forma y sustancia en que se hallaba en el momento de la adquisición del usufructo por parte del primero, en especial con las paredes divisorias de las fincas colindantes, con la escalera de acceso a la planta alta de la finca y con la puerta de entrada a la vía pública; *c*) subsidiariamente, para el caso de que la restitución se realizase en estado diferente al que tenía la cosa en el momento de la adquisición de usufructo por parte de don R., que se condene a don R. a indemnizar a doña L., en la suma necesaria para devolver la finca a dicho estado, a determinar en período de

ejecución de sentencia; y *d)* que se condene a don R. a indemnizar a doña L. los daños y perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación de restituir la posesión de la finca objeto del usufructo desde la fecha de la extinción de éste hasta la fecha en que se produzca efectivamente la entrega de dicha posesión, cuya cuantía se determinará en periodo de ejecución de sentencia sobre la base de la renta arrendaticia de una finca de características análogas a la que constituye objeto de este procedimiento.

El Juzgado de Primera Instancia estima en parte la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandada, la Audiencia Provincial lo desestima. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que el artículo 250 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña está derogado. En la actualidad, la norma aplicable en esta materia es el artículo 442-4 del Libro cuarto del CC de Cataluña, relativo a las sucesiones (aprobado por el Parlamento de Cataluña en virtud de la Ley 10/2008, de 10 de julio), que establece la solución contraria a la prevista en la normativa anterior; esto es, el usufructo del cónyuge viudo «no se pierde aunque se contraiga nuevo matrimonio o se pase a convivir con otra persona». (M. J. P. G.)

107. Aceptación tácita de la herencia: partición: falta de consentimiento de uno de los coherederos.—La AP entendió que el actor había aceptado tácitamente la herencia de su difunta madre, derivada de los actos confluientes consistentes en la recepción de títulos valores integrados en el caudal relicto y el percibo de su valor tras su vencimiento, lo que evidentemente no puede tener otra significación que la de su voluntad deadir la herencia, tanto más cuanto sólo habría derecho a ejecutar tales actos con la condición de heredero. Sin embargo no estimó concurrente el consentimiento del demandante a las operaciones particionales, preciso para la validez y eficacia de la partición por acuerdo de los herederos, rechazando la eventualidad de inferir éste de los actos demostrativos de la aceptación de la herencia habida cuenta de la imposibilidad de atribuirles una significación inequívoca en ese sentido, al no haberse demostrado que el heredero tuviera un cabal y completo conocimiento de aquellas operaciones particionales, y al apreciar la existencia de otros actos que evidenciaban una voluntad contraria a consentir dichas operaciones. Esta conclusión es la que debe ser mantenida en esta sede al no haber sido combatido oportuna y eficazmente el soporte de hecho que la sustenta, de manera que no puede reconocerse la existencia del consentimiento necesario para dotar de validez y eficacia al negocio particional y a la subsiguiente compraventa cuando falta el conocimiento de sus términos y concurren, además, hechos demostrativo de la falta de consentimiento a tales operaciones. (STS de 18 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G.G.C.)

108. Gananciales: embargo: tercería por tratarse de bienes privativos: defecto en la cita de la jurisprudencia.—El recurrente se limita a señalar determinadas sentencias simplemente por sus fechas, cuando es reiterada la doctrina de esta Sala en el sentido de que no es suficiente para que prospere un motivo de esta naturaleza la mención de determinadas sentencias

por sus fechas, sino que es preciso que se cite la doctrina coincidente contenida en las mismas y en qué sentido resulta conculcada por la sentencia recurrida (por todas STS 29.04.05); siendo así que únicamente se refiere expresamente el motivo a la doctrina sentada por una sola sentencia (la de 05.11.92), que además de referirse a un supuesto distinto al ahora examinado no cumple con la exigencia reiterada de la cita de dos o más sentencias de esta Sala que versan sobre cuestiones similares establezcan igual doctrina sobre el caso enjuiciado (así SSTS de 11.07 y 29.11.02, 04.06.04 y 04.02.05, entre otras).

Efectos de la partición hereditaria: artículo 1068 CC.—Si bien dicha norma establece que *la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*, es lo cierto que esta Sala ha acogido la doctrina que atribuye a la partición efectos determinativos o especificativos de la propiedad sobre los bienes adjudicados a cada uno de los herederos, lo que resulta más acorde con el sentido de distintos artículos del propio código en cuanto establecen que la posesión de los bienes hereditarios se entiende transmitida al heredero sin interrupción y desde el momento de la muerte del causante (art. 440), que los efectos de la buena fe del causante aprovechan al heredero desde el momento de su muerte (art. 442) y que los herederos suceden al difunto por el hecho solo del fallecimiento en todos sus derechos y obligaciones (art. 661). Así el artículo 1068 despliega sus efectos propios entre los coherederos atribuyendo la propiedad exclusiva del bien adjudicado al heredero, que antes de ella únicamente ostentaba un derecho abstracto sobre la totalidad de la herencia, por lo que ninguna infracción del precepto se produce cuando, verificada la partición, se le reconoce un efecto retroactivo referido al momento de la apertura de la sucesión, que coincide con el fallecimiento del *de cuius*.

Embargo de bienes presuntivamente gananciales: bien privativo por haberlo heredado de los padres.—Se estima que debe prosperar la tercería de dominio ejercida por un heredero para levantar el embargo trabado presumiendo la condición de ganancial cuando consta su carácter privativo (art. 1346-2.º) al haberlo adquirido por herencia de sus padres, aun cuando los efectos específicos de la partición se hayan producido con posterioridad a la fecha del embargo, pues los herederos suceden al difunto en todos sus derechos y obligaciones por el hecho solo de su muerte (art. 661), y entre tales derechos se ha de comprender necesariamente el de su defensa frente a ejecuciones extrañas cuando el bien perteneció en propiedad inicialmente a los causantes, y luego se integró en la comunidad hereditaria para cuya defensa de intereses aparecía legitimado cualquiera de los herederos y, finalmente, ha sido adjudicado su dominio mediante la partición de la herencia a quien ahora acciona de tercería. La STS de 21.06.86 ya señaló que «deferida la herencia en el momento de la muerte del *de cuius* según dispone el artículo 657 CC, los bienes y derechos son adquiridos por los correspondientes beneficiarios desde tal fecha en virtud del efecto retroactivo de la aceptación (arts. 661 y 989 CC)». (STS de 12 de febrero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

109. Partición hereditaria: falta de equidad en la formación de lotes: doctrina general.—Al interpretar el artículo 1061 CC la jurisprudencia ha declarado que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación, y debe hacerse respetando la posible igualdad deter-

minada por las circunstancias de cada caso. Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta, sino de una igualdad cualitativa; que la norma tiene carácter orientativo, y que está dotada de un grado de imperatividad sólo orientativo; no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto; y que la infravaloración u omisión de algunos bienes, en tanto no sea maliciosa o no tenga carácter sustancial, no es susceptible de originar la nulidad de la partición, sino que las atribuciones mal valoradas deben resolverse por vía de rescisión, y las omisiones de bienes o valores por el camino de la adición o complemento de la partición. En suma, la falta de equidad en la formación de los lotes a que dan lugar las operaciones particionales únicamente pueden considerarse como motivo de nulidad de la partición en los casos en que se pruebe que la desigualdad en la formación de aquéllos tiene suficiente relevancia para infringir el principio de igual distribución entre los herederos y excede de los presupuestos que pueden dar lugar al ejercicio de las acciones de rescisión, adición o complemento de la partición previstas en el CC. En el caso enjuiciado, la sentencia impugnada, acorde con la de primera instancia, únicamente admite la omisión de determinados valores en el cuaderno particional, pero en modo alguno refleja que la distribución de los lotes haya vulnerado de manera sustancial el principio de equidad, habida cuenta de la complejidad de las operaciones particionales, de la existencia de sucesivas operaciones de enajenación de bienes anteriores al momento del fallecimiento (mediante las cuales se distribuyó igualitariamente entre los herederos la mayor parte del patrimonio de la causante) y, en lo que al ajuar se refiere, la falta de prueba por parte de las demandantes en relación con su valor; en todo caso, las irregularidades no alcanzarían la cuarta parte del valor del caudal hereditario ni tienen relevancia suficiente para justificar la anulación de la partición.

Nulidad de la partición: Carácter restrictivo.—El CC carece de una regulación específica sobre nulidad de las particiones, fuera del singular precepto del artículo 1081, y la jurisprudencia ha entendido aplicables a la materia las normas sobre nulidad de los negocios jurídicos y, principalmente, de los negocios contractuales (entre la más reciente la STS de 12.12.05). En concreto se consideran casos de nulidad, la falta de consentimiento de la persona designada para realizar la partición, la inclusión de bienes no pertenecientes al causante, la ilicitud de la causa por deliberada ocultación de componentes del caudal, la invalidez del testamento, la infracción de normas imperativas, el error sustancial cometido por el testador al proceder a la valoración de los bienes, o haber omitido cosas importantes y no computar determinados inmuebles, además de la infracción del principio de igualdad ya examinado. Este tratamiento restrictivo de la invalidez comporta que la nulidad de la partición tiene carácter subsidiario. En los supuestos de omisión en el activo partible de alguno de los objetos de la herencia y en el de preterición de algún heredero, el CC tiende a conservar la validez y eficacia de la partición, sin perjuicio de subsanar el defecto de que adolece y el perjuicio irrogado (*favor partitionis*). (**STS de 7 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios.] (G.G.C.)

DERECHO MERCANTIL

110. Admisión de la excepción extracambiaría de falta de causa de la emisión de los pagarés.—«[...] Si concurren las pertinentes circunstancias, el deudor cambiario podrá alegar frente al tenedor en quien concurra la condición de tercero las excepciones fundadas en las relaciones personales que aquél tuviera con el librador o con anteriores tenedores de la letra. Tales excepciones constituyen modalidades de la denominada genéricamente exceptio doli.

A lo que se ha de añadir [...] que cabe en el pagaré, dentro de los límites que se señalan a continuación, la excepción fundada en la falta de causa, no obstante ser cierto que al tercero que no ha sido parte en el contrato causal sólo puede afectarle las excepciones nacidas de éste si hubiera intervenido de alguna forma en el contrato subyacente, aunque sea de modo encubierto o en connivencia con las partes o confabulado con el librador o como testaferro; pero, de no darse los supuestos a que se ha hecho alusión, la letra funciona como título causal en las relaciones entre librador y tomador, entre endosante y endosatario y entre librador y librado, y como título abstracto en las demás [...]. (FJ 3.º STS de 1 de diciembre de 2006).

Teoría del «levantamiento del velo».—Es doctrina jurisprudencial reiterada que cuando una sociedad carece de funcionamiento real e independiente respecto de otras personas que la controlan realmente, se ha de proceder al «levantamiento del velo» de la personalidad jurídica, para buscar a los sujetos y patrimonios realmente actuantes y responsables, lo que es procedente en todos los casos en los cuales se haya utilizado, con fines fraudulentos, la interposición de una persona jurídica para eludir la responsabilidad personal en perjuicio de derechos de terceros o para evitar una justa reacción de los terceros por vía de oponer excepciones personales que se tratan de evitar creando, a través del velo de la persona jurídica, un aparente tercero. (STS de 1 de diciembre de 2006; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—La sociedad actora reclama el importe de determinados pagarés que han sido emitidos y firmados por la sociedad demandada, al resultar impagados a su vencimiento. El motivo de que los pagarés se encuentren en posesión de la sociedad actora se debe a la existencia de un préstamo convenido entre la actora, de un lado, y el apoderado de la sociedad actora y la madre de éste, del otro. Estos pagarés llegaron a poder de los prestamistas en una compraventa de acciones de una sociedad mercantil (CRUSA), en la que fueron vendedores el apoderado de la sociedad actora y su madre, y fue compradora la propia sociedad «CRUSA». Por otra parte, la sociedad demandada había sido constituida con otros por la sociedad mercantil CRUSA, de la que eran socios el apoderado de la sociedad actora y su madre. La sociedad demandada contesta a la demanda y opone la excepción extracambiaría de falta de causa que justifique la emisión de los pagarés. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda mediante sentencia que fue confirmada en Apelación, al considerar que no constaba la causa del recibo de los pagarés. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto.

NOTA.—La Sentencia que anotamos fundamenta su decisión desestimatoria en la concurrencia de dos elementos: la intervención de los actuales tenedores de los pagarés en el negocio causal que está en la base y la falta de causa en la emisión de los pagarés.

Cuando de un modo u otro los tenedores de los pagarés y los deudores hayan intervenido en el negocio causal, o hayan procedido a la adquisición del pagaré a sabiendas en perjuicio del deudor, no se pueden excluir las excepciones extracambiarías, puesto que no se estaría ante un auténtico tercero ajeno. En estos casos realmente no existe una verdadera transmisión onerosa. De este modo, sólo cuando el pagaré es entregado a un tercero ajeno, que es poseedor de buena fe, y donde no ha mediado una relación personal entre éste y el deudor cambiario no caben las excepciones causales. La doctrina científica propone, pues, la exclusión de la condición de tercero, con la consiguiente posibilidad de esgrimir frente a él la falta de causa del título por inexistencia o irregularidad del tráfico, en relación con la jurisprudencia que excluye de la condición de tercero a quien de alguna forma intervino en el contrato subyacente (SSTS de 4 de febrero de 1988 [RJ 1988/702], 24 de marzo de 1992 [RJ 1992/2278], 20 de noviembre de 2003 [RJ 2003/8083]).

Por otra parte, si además se ha interpuesto una persona jurídica para eludir responsabilidades o evitar que prosperen excepciones personales, creando, a través del velo de la persona jurídica, un aparente tercero, se habrá de proceder a aplicar la teoría del «levantamiento del velo» con la finalidad de determinar los sujetos realmente responsables. (L. Z. G.)

111. Contrato de agencia. Indemnización por clientela. Aplicación analógica a los contratos de distribución. Doctrina jurisprudencial.—Esta Sala ha venido diciendo que en los contratos de agencia la clientela supone una realidad económica que debe resarcirse por quien se aproveche de su aporte (SSTS de 26 de julio de 2000, de 3 de mayo de 2002, y de 9 de febrero de 2006); y precisa acreditación del incremento de compradores, aunque cabe una apreciación meramente potencial (SSTS de 19 de noviembre de 2003 y de 21 de noviembre de 2005), porque se trata de un pronóstico razonable acerca de la probabilidad de un comportamiento que también implica una estimación de probabilidad por parte de la misma clientela (SSTS de 7 de abril de 2003 y de 13 de octubre de 2004). Esta doctrina se ha aplicado analógicamente al concesionario (SSTS de 28 de enero de 1992, de 26 de junio de 2003 y de 21 de noviembre de 2005, etc.), pero en función de que se den las circunstancias de los artículos 28 y 30 L.C.A. No se dan aquí, ni de lejos, los presupuestos que justificarían la aplicación por analogía de los preceptos señalados.

Contrato de distribución. Derecho al desistimiento unilateral. Fundamento: especial elemento de confianza que subyace en esta clase de relaciones. Obligación sólo de respetar el plazo de preaviso.—La resolución unilateral de estos contratos no necesariamente implica la necesidad de una justa causa, pues el elemento de fiducia o confianza que subyace en las relaciones de colaboración conduce al desistimiento «ad nutum», sin que se exija una justificación basada en una especial situación de riesgo o en el incumplimiento por la otra parte de las obligaciones contractuales. Tal deci-

sión sobre la extinción de la relación por sí misma no genera un daño, ni por ende una obligación de reparar o indemnizar, salvo que pueda ser calificada como abusiva o contraria a la buena fe, lo que derivaría de circunstancias como las de haber operaciones en curso, aprovechamiento de ventajas circunstanciales o frustración de beneficios esperados de operaciones previsibles, etc. Esta regla principal se obtiene de preceptos dictados para regular relaciones de colaboración en las que la fiducia o confianza desempeña una función importante, como son, entre otras, el artículo 1.705 CC, artículo 224 C.com., o del propio artículo 25 L.C.A., en cuanto sólo exige respeto al plazo de preaviso. (**STS de 27 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penades.]

HECHOS.—La mercantil S.A.E.A. demandó a la compañía V.H.S. L. y al banco BBVA, como avalista, pidiendo se les condenara solidariamente al pago de la cantidad de 11.756.493 pts., derivado de relaciones comerciales entre actora y demandada nacidas de un contrato de distribución de los productos de la demandante, y que habría resuelto unilateralmente a consecuencia de los graves y reiterados incumplimientos de la segunda. La demandada alegó que la cantidad debida era inferior, y reconvino solicitando diversos importes que la concedente adeudaría a la distribuidora. Asimismo, alegó que el contrato era de distribución para cierta zona geográfica y de agencia para otras zonas; entendiendo que la resolución unilateral del contrato se había producido con mala fe y ocasionando una serie de daños cuya indemnización, igualmente, reclamaba. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda en una cantidad menor a la solicitada por al actora y absolvió al Banco. También estimó parcialmente la reconvención en cuanto al coste de almacenaje, y desestimó el resto de pedimentos indemnizatorios. Recurrida en apelación por ambas partes, la Audiencia Provincial de Oviedo estimó el de la actora inicial y condenó también al Banco avalista. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (*L.-A.-P.M.*)

112. Cesión de contrato. Para la efectividad de la cesión de contrato es necesario que en el negocio concurren las tres partes contractuales: el cedente, el cedido y el cesionario.—Para que la cesión sea efectiva, la jurisprudencia ha exigido que en el negocio jurídico concurren las tres partes, es decir, el contratante cedente de su posición contractual, el nuevo que la adquiere y el contratante que va a resultar afectado por el cambio de deudor (STS de 19 de septiembre de 2002). Sin el consentimiento de éste, no existe cesión, o como afirma la STS de 9 de diciembre de 1999: «la necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual».

Diferencias entre el contrato de agencia y el de distribución.—La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha encargado de distinguir los contratos de agencia y de distribución. Según la STS de 31 de octubre de 2001, el contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio y es básica la independencia del agente, mientras que en el de distribución, el concesionario o distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia. El agente es, pues, un intermediario y, en cambio, el distribuidor

compra y revende, siendo un contrato no asociativo, por lo que la clientela no forma un patrimonio común (STS de 10 de julio de 2006).

Contrato de distribución: indemnización por clientela. Doctrina sobre la posible aplicación analógica del artículo 28 de la Ley de Contrato de Agencia.—El contrato de distribución no conlleva por sí mismo la creación de clientela, por ello, no procede la aplicación analógica del artículo 28 L.C.A. salvo que se pruebe, por el distribuidor, que por su actuación se ha creado una clientela que resulte de aprovechamiento para el principal. (STS de 6 de noviembre de 2006; ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En 1982 la entidad A.A. acordó con la mercantil B.B. la distribución en exclusiva de unos productos de cosmética. Posteriormente se constituyó la sociedad CC a la que B.B. trasmittió los registros de las especialidades que representaba, cesando B.B. su relación con A.A. Esta última continuó su actividad distribuidora con CC A partir de 1994 comienzan a surgir desavenencias entre ambas compañías. Finalmente, CC extingue unilateralmente el contrato de distribución y procede a la venta directa de los productos de cosmética. La entidad A.A. demandó a CC en relación al cumplimiento del contrato inicial y las correspondientes indemnizaciones. La demandada negó que estuviera aún ligada por el contrato inicial de 1982, manifestando que, en todo caso, existiría un contrato verbal nuevo. Asimismo, formuló reconvención en la que pedía que se declarara resuelto el contrato y que la demandante le pagara unas facturas que le debía. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a CC a indemnizar a A.A. con 3.000.000 de pesetas. De igual manera, estimó parcialmente la reconvención y declaró resuelto el contrato de distribución exclusiva entre las partes. Apelada la sentencia por ambas partes, la Audiencia Provincial de Las Palmas la revocó y, estimando parcialmente la demanda, declaró que la actora tenía derecho a ser indemnizada en concepto de clientela; asimismo, con estimación también parcial de la reconvención, condenó a aquélla a pagar a la demandante reconvencional la cantidad de 3.747.967 de pesetas (22.525,73 euros). Interpuesto por ambas partes sendos recursos de casación, el Tribunal Supremo desestima el formulado por A.A. y estima el de CC dejando sin efecto la sentencia de la Audiencia únicamente en cuanto a la indemnización por clientela acordada a favor de la primera. (C. O. M.)

113. Contrato de agencia y contrato de distribución. Inexistencia de derecho a indemnización por extinción cuando el contrato es de duración definida.—Es cierto que, pese a las diferencias existentes entre los contratos de agencia y distribución, en los casos en que estimó concurrente la «identidad de razón» que exige el artículo 4.1 CC para la «analogía legis», la jurisprudencia, tras ponderar la significación jurídica de las condiciones de hecho concurrentes, utilizó ese método de integración del ordenamiento para aplicar al segundo, como atípico, alguna norma reguladora del primero (SSTS de 12 de junio de 1999, de 28 de enero de 2002, de 21 de noviembre de 2005 y de 31 de mayo de 2006). Pero mal cabe afirmar la concurrencia de dicha

«eadem ratio decidendi», cuando el artículo 29 L.C.A. sólo es aplicable a «los contratos de agencia de duración indefinida» y el contrato celebrado por las partes litigantes contenía la expresa previsión de una vigencia determinada de la reglamentación; y de otro lado, en la hipótesis de que el contrato litigioso hubiera sido calificado como de agencia, el artículo 29 de la Ley 12/1992 no hubiera sido aplicable a la relación jurídica nacida de él, ya que se celebró con anterioridad a la fecha en que entró en vigor dicha Ley (art. 2 CC).

Contrato de distribución. La resolución unilateral del contrato no lleva siempre aparejado el derecho a indemnización.—La jurisprudencia no atribuye a la indemnización el carácter de consecuencia necesaria de todos los supuestos de extinción del vínculo contractual nacido del contrato de distribución. Así, la ha estimado procedente cuando la resolución unilateral resultaba arbitraria (STS de 12 de junio de 1999), pero no cuando la misma estaba justificada (SSTS de 2 de diciembre de 2005 y de 1 de febrero de 2006), o no resultaba abusiva (STS de 10 de julio de 2006). Lo que acontece en el supuesto en que la denuncia o desistimiento del contrato se hace llegada la fecha de vencimiento del mismo, como sucede en el caso de autos. (**STS de 23 de enero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrández Gabriel.]

HECHOS.—La actora M.L.,S.A. había concertado un contrato de distribución integrada (subdistribución) con T.G.,S.A. y tiempo después demandó a su distribuidora alegando la extinción de la relación contractual por vencimiento del plazo previsto en el contrato; solicitando la condena de la demandada a no utilizar los signos distintivos de los productos que vendía, ni a utilizar la red comercial en la que estaba insertada. Por su parte la demandada formuló reconvención, al considerar que la extinción se había producido por desistimiento unilateral de la actora sin justificación, por lo que pidió la condena a la indemnización de los daños y perjuicios por razón de clientela. Ambas partes habían pedido igualmente la liquidación del contrato. La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, revocando la de instancia, acogió la demanda principal y desestimó la reconvención. Así, condenó a T.G.,S.A. a no usar los signos distintivos y red comercial de la actora, y defirió para el trámite de ejecución de sentencia la liquidación del contrato, pero desestimando las pretensiones indemnizatorias por clientela instadas por la demandada. (*C. O. M.*)

114. Contrato de distribución en exclusiva. Duración indefinida. Resolución unilateral.—Para que se admita la posibilidad indemnizatoria de daños y perjuicios en el caso de resolución unilateral de un contrato de distribución de duración indefinida, es necesario que haya habido deslealtad constitutiva de mala fe o ejercicio abusivo del derecho.

Los sucesivos cambios en el personal de la sociedad actora, particularmente en sus áreas de administración y dirección comercial, hicieron quebrar la confianza en que se sustentaba el contrato, que por su naturaleza «*intuitu personae*» impide calificar de abusiva la denuncia unilateral, al ser causa de la misma la del esencial principio en que se basa la relación, que por ello ha de calificarse como justa (causa) (FD. 4.º). (**STS de 22 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Central Agrícola X, SA interpuso demanda de reclamación de cantidad por resolución unilateral injustificada de contrato de distribución en exclusiva para la provincia de Lleida contra la también entidad mercantil Ibérica, SA solicitando la condena de la demandada al pago de la suma de 80.496.323 pesetas por los conceptos de daños y perjuicios, daño emergente y lucro cesante e indemnización de clientela. A ello se opuso la demandada alegando que la resolución tuvo lugar de mutuo acuerdo y que se había producido una pérdida de confianza en la actora como consecuencia de la muerte del fundador de esta última empresa.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda en relación con la indemnización de daños y perjuicios y la estima en cuanto a la indemnización por clientela en la cantidad de 1.483.949 pesetas. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial confirma la resolución del Juzgado de Primera Instancia.

NOTA.—La sentencia anotada sigue la doctrina jurisprudencial que considera como requisito necesario la existencia de deslealtad constitutiva de mala fe o ejercicio abusivo del derecho para conceder indemnización en los supuestos de resolución unilateral del contrato de distribución de duración indefinida (SSTS, entre otras, de 17 de mayo de 1999 [RJ 1999, 4046], 13 de junio y 31 de octubre de 2001 [RJ 2002, 227], 28 de enero [RJ 2002, 2305] y 3 de octubre de 2002 [RJ 2002, 9789]). (M. C. L. J.)

115. Carta de patrocinio. Requisitos para que se le atribuya el efecto propio de un contrato de garantía.—La STS de 16 de diciembre de 1985, en doctrina que sigue la de 30 de junio de 2005, establece a tal efecto los siguientes requisitos o presupuestos, necesarios para que pueda atribuirse a una carta de patrocinio el efecto propio de un contrato de garantía: 1) que exista intención de obligarse la sociedad matriz a prestar apoyo financiero a la filial o a contraer deberes positivos de cooperación a fin de que la Compañía subordinada pueda hacer efectivas las prestaciones que le alcanzan en sus tratos con el tercero favorecido por la carta, careciendo de aquella obligatoriedad las declaraciones meramente enunciativas; 2) que la vinculación obligacional resulte clara, sin que pueda basarse en expresiones equívocas, por aplicación analógica de los requisitos de la declaración constitutiva de la fianza del artículo 1827 CC; 3) que el firmante de la carta tenga facultades para obligar al patrocinador en un contrato análogo al de fianza; 4) que las expresiones vertidas en la carta sean determinantes para la conclusión de la operación que el patrocinado pretenda realizar; y 5) que la relación de patrocinio tenga lugar en el ámbito o situación propia de sociedad matriz de sociedad filial, lo que es algo distinto de la posición de accionista mayoritario de la patrocinadora en la patrocinada, haciendo referencia además a que la traslación de responsabilidad —sólo admisible en casos excepcionales— que dichas cartas significan tienen su actuación propia en la esfera de los créditos bancarios solicitados por la sociedad filial, con promesa de garantía asumida por la sociedad cabeza de grupo.

Expresiones equívocas acerca de la obligación de prestar apoyo financiero a la operación crediticia.—No se cumple, por el contrario, el requisito que antes ha sido recogido bajo el número 2, consistente en que las expresiones en virtud de las cuales el otorgante de la carta de patrocinio se

obliga a prestar apoyo financiero o de colaboración para el buen fin del préstamo no pueden ser equívocas.

Aisladamente considerada, la expresión según la cual «(y) en cualquier caso, pondremos por nuestra parte todos los medios y medidas necesarias para la operación tenga buen fin», con la que se cierra la carta, podría ser determinante de la citada obligación de colaboración para el buen fin de la obligación y en sí no puede ser considerada equívoca.

Sin embargo, dicha expresión debe ser, en función del llamado criterio de la totalidad («canon hermenéutico de la totalidad del área contractual», según la STS de 26 de octubre de 1998), reflejado en el artículo 1285 CC, interpretada en relación con el conjunto de las cláusulas de la carta otorgada, la cual en los párrafos antecedentes contiene una expresión, para el caso de que el firmante de la misma junto con el grupo de empresas que le pertenece contemple la posibilidad de desprendese de la posición mayoritaria en la sociedad patrocinada, del siguiente tenor literal: «nos comprometemos a informarles y a estudiar con ustedes las medidas pertinentes para que dicha operación crediticia pudiera llegar a feliz término». Se admite, en consecuencia, para el caso de contemplar la pérdida de la posición mayoritaria en la sociedad, un compromiso que se concreta únicamente en un deber de información y de estudio con los representantes del banco (con la consiguiente necesidad de un acuerdo posterior entre ambas partes) de medidas encaminadas al buen fin de la operación, cosa que no comporta la expresión de un deber resolutivo de garantizar dicho resultado.

Una interpretación racional de la cláusula con la que concluye la carta, puesta en relación con la que acaba de examinarse, conduce a la conclusión de que, a pesar de la expresión con que el último párrafo se introduce («en cualquier caso»), no puede interpretarse que en éste se contrae con eficacia resolutiva un compromiso inequívoco de llevar a buen fin la operación cuando el párrafo anterior, para el caso de contemplar la pérdida de la mayoría absoluta de las acciones, que constituye el presupuesto necesario para el cumplimiento de un compromiso de garantía, el deber contraído es únicamente de información y estudio de medidas, que hay que entender lógicamente condicionadas a un posterior acuerdo con el banco, con el que únicamente se compromete el estudio mutuo para, hay que suponer, el mantenimiento del *statu quo*.

El conjunto de la carta resulta, así, equívoco en cuanto al carácter resolutivo del compromiso contraído, y, en consecuencia, incumple el requisito del carácter inequívoco del compromiso resolutivo para el buen fin de la operación que la jurisprudencia contempla como requisito para reconocer a las cartas de patrocinio la eficacia propia de un contrato de garantía sujeto al régimen de la fianza, del mandato de crédito o del propio de una forma de contrato de garantía atípico. Debe considerarse, en consecuencia, siguiendo las categorías propuestas doctrinalmente, como una carta de patrocinio débil, entre las que paradigmáticamente figuran aquellas en las que el emitente se limita en su declaración de voluntad a ofrecer información relativa a su porcentaje de participación en el capital de la sociedad filial, a expresar el conocimiento o consentimiento del crédito otorgado a ésta y al compromiso de mantener una buena gestión para hacer frente al crédito o, todo lo más, como una carta de patrocinio que únicamente añade a estos extremos un compromiso que no alcanza más allá que el de informar al banco y adoptar junto con él medidas para el buen fin del crédito en el caso de que se contemple la pér-

dida de la mayoría absoluta en la sociedad. (**STS de 13 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Una entidad bancaria y una sociedad promotora inmobiliaria celebraron un contrato de préstamo. Como anexo al citado contrato y en garantía del pago, se pignoraron unos bonos de D. Benjamín y su esposa. En una carta fechada el mismo día que las operaciones anteriores, D. Benjamín, que era socio mayoritario de la sociedad promotora prestataria, se comprometía a informar al banco en caso de que desapareciese tal situación de mayoría de capital, añadiendo que «en cualquier caso, pondremos por nuestra parte todos los medios y medidas necesarias para que la operación tenga buen fin». Impagada la deuda, la entidad prestamista tuvo por resuelto el contrato de préstamo, ejecutó la garantía pignoraticia y reclamó a D. Benjamín el saldo pendiente de pago, por considerar que la carta suscrita por el demandado era una carta de patrocinio que suponía una garantía personal. El juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo ratificaron esa decisión. (M.C.B.)

116. Contrato de descuento bancario. Se acuerda siempre «salvo buen fin».—El contrato de descuento se acuerda siempre «salvo buen fin», por lo que, siempre fuera del ámbito cambiario estricto, si la letra no es cobrada a su vencimiento sin culpa del tenedor éste puede reclamar del «dans» la suma que recibió.

Contrato de descuento bancario: la mera entrega y recepción de las cambiales por el banco que las descontó no produce los efectos del pago.—Si no se prueba la culpa del acreedor, en el perjuicio de la letra, no es procedente la aplicación del párrafo segundo del artículo 1.170 CC en el sentido de producir aquélla los efectos del pago por su mera entrega al banco que las descontó (STS de 24 de junio de 1986). La entrega y recepción de las cambiales solo opera, conforme a la doctrina que se está exponiendo, dejando en suspenso, hasta su efectiva realización, la acción derivada de la primitiva obligación (STS de 16 de marzo de 1981). (**STS de 15 de noviembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La entidad A., representada por don Alfredo, y figurando como garantes solidarios el propio don Alfredo y su esposa doña Francisca, suscribió un contrato de apertura de crédito con una entidad bancaria. Al cierre de dicha cuenta, la misma tenía un saldo deudor de 9.440.773 pts. Por otro lado, en las fechas de 6 de mayo y de 5 de octubre de 1993 se otorgaron dos escrituras de dación en pago entre A. y la también mercantil B., en las que don Alfredo actúa como administrador único de la primera y en su representación, y su esposa doña Francisca como administradora solidaria de la segunda y en su representación, siendo además don Alfredo, en dicha fecha, administrador solidario de la entidad B. El contrato de apertura de crédito fue objeto de cesión a otro banco que quedó subrogado en el mismo. El nuevo banco procedió a notificar a la sociedad A. y a los garantes solidarios la cesión de crédito y la deuda, resultando inútil las gestiones efectuadas para el cobro.

Por todo ello presenta demanda en la que solicita la declaración de nulidad, por simulación, de los dos contratos de dación en pago y que se condenara a los demandados, en virtud de la póliza de apertura de crédito, al pago a favor de la demandante de la cantidad de 9.440.743 pts. La sentencia de instancia estimó la demanda, dando lugar a la declaración de nulidad de las dos escrituras de dación en pago. De la misma manera condena a los demandados a abonar a la demandante la cantidad de 9.440.743 pts, más el interés legal. Formulado recurso de apelación la Audiencia Provincial de Madrid lo desestimó y confirmó la sentencia. El Tribunal Supremo desestima igualmente el recurso de casación. (C. O. M.)

117. Intereses moratorios del artículo 20 LCS.—Conforme al artículo 20 LCS, la Ley hace recaer los efectos del retraso del pago sobre el deudor, sin que sirva el requisito tradicional de la liquidez de la deuda a estos efectos. La iliquidez o no de la deuda carece de trascendencia definitiva para imponer el recargo contemplado en la Ley, teniendo en cuenta no la iliquidez de la deuda reclamada, sino más bien la conducta obstrucciónista o reticente del asegurador en el cumplimiento de su obligación indemnizatoria. Más que del requisito de una deuda normal, se trata de un régimen especial para el caso de la demora en la liquidación del siniestro. Así, la mera iliquidez no es, por sí misma, excusa razonable para que el asegurador pueda demorar el pago.

Para que el asegurador incurra en mora se requiere que el incumplimiento de la obligación de satisfacer la indemnización en los plazos adecuados se deba a una conducta irresponsable del asegurador y que la causa de la mora no esté justificada. (**STS de 1 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. D. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don G. demandó a la aseguradora *G. I., S. A.*, El demandante había concertado un seguro de accidentes y un seguro multirriesgo por accidentes, hallándose al corriente de pago de ambas pólizas. El 24 de mayo de 1996, estando ambas pólizas en vigor, el asegurado sufrió un accidente que le produjo secuelas que quedaron probadas en el procedimiento. La aseguradora consideró que el porcentaje de invalidez era de un 10%, de acuerdo con los baremos establecidos en la póliza, y procedió a hacer efectivo el pago de la correspondiente indemnización de acuerdo con esa valoración. El actor aceptó este pago como anticipo a cuenta, manifestando su disconformidad con el porcentaje establecido y pidió que se pusieran en marcha los mecanismos previstos en el contrato para el caso de discrepancia. La aseguradora insistió en que sólo era aplicable el porcentaje del 10% y no accedió a realizar el arbitraje exigido por el asegurado.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declaró que el porcentaje de invalidez del demandante era de un 42%, según los informes periciales, y condenó a la aseguradora a pagar la cantidad que resultara de aplicar el porcentaje citado, junto con los intereses previstos en el artículo 20 LCS. Esta sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, motivo por el cual la aseguradora plantea recurso de casación.

El TS declara no haber lugar al recurso, al entender que la conducta de la aseguradora es totalmente contraria a las peticiones del asegurado. Además, incurre en mora, si bien únicamente respecto de la cantidad que no se pagó, pues no aprecia que haya causa justificada para aplazar el pago. (*S. L. M.*)

118. Sociedades Anónimas. Ejercicio del derecho de información. **Cuando se trata de datos muy específicos, deben ser solicitados por escrito con antelación a la celebración de la Junta.**—La Sentencia de instancia, en este punto concreto, señala como probado que los accionistas, ahora recurrentes, solicitaron unos datos muy específicos, sin que fueran pedidos por escrito con carácter previo a la Junta. Los Administradores deben cumplir su obligación de información a los accionistas, atendiendo en cada caso a la pregunta formulada, y así en los supuestos en que la contestación requiera análisis particularizados las respuestas, no tienen por qué ser exhaustivas, puesto que el accionista ha tenido oportunidad de pedir previamente y por escrito las informaciones correspondientes. En el supuesto que nos ocupa, por la propia característica de las preguntas —datos muy específicos-, y por la propia naturaleza de una Junta General, no pueden ser respondidas sobre la marcha, si no son conocidas, debiendo la actora haber ejercitado su derecho por escrito con anterioridad a la Junta, o al menos, previendo la formulación de las preguntas tan concretas, solicitar la asistencia del auditor, no pudiendo olvidarse que la propia Sentencia declara que las cuentas anuales reflejaban la imagen fiel de la sociedad. (**STS de 22 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Tres entidades mercantiles demandaron a una sociedad anónima solicitando que se declarasen nulos determinado acuerdo adoptado por la Junta General de Accionistas, al haberse negado el derecho de información de los socios que se pretendió ejercitar verbalmente en la referida Junta. La demandada alegó que las respuestas efectuadas por los administradores no vulneraron el derecho de información de las demandantes. El juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo ratificaron esa decisión. (*L. F. R. S.*)

119. Responsabilidad de los administradores de una sociedad anónima. Se trata de un supuesto de responsabilidad extracontractual que nace de la omisión del deber de promover la disolución en los supuestos legalmente previstos.—La acción para reclamar la responsabilidad solidaria de los administradores por incumplimiento de la obligación de instar la disolución de la sociedad es, según la calificación jurisprudencial más reciente, una acción de responsabilidad extracontractual (SSTS de 4 de abril de 2006 y 24 de abril de 2006) dotada de singularidad en cuanto al requisito general de la relación de causalidad (STS 27 de octubre de 2006), pues la jurisprudencia ha venido declarando que esta responsabilidad no depende de la existencia del daño mismo, pues constituye una responsabilidad formal de carácter solidario respecto de las deudas sociales, que ha sido frecuentemente descrita como objetiva o quasi objetiva, pues nace de la omisión del deber de promover la disolución en los supuestos legalmente previstos (SSTS de 3 de

abril de 1998, 20 de abril de 1999, 22 de diciembre de 1999, de 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril de 2002 y 14 de noviembre de 2002, entre otras).

La Junta Ordinaria es el momento en que se puso de manifiesto la situación de insolvencia de la sociedad y comienza el plazo de dos meses para pedir la disolución.— Nada permite suponer que en el caso enjuiciado pudiera considerarse acreditada la situación de insolvencia de la sociedad en el momento de finalización del ejercicio de 1994, como pretende la parte recurrente, pues la sentencia declara expresamente, al analizar el conjunto de pruebas, que la constancia de las pérdidas podía entenderse compensada en febrero de 1995 por las expectativas derivadas de la contratación y reformados aprobados respecto de la obra pendiente. De los hechos probados en la sentencia se infiere también que es en la Junta Ordinaria cuando se pone de manifiesto el balance negativo determinante de la situación de insolvencia de la sociedad. Contando a partir de este momento el plazo de dos meses para la convocatoria de Junta Extraordinaria, que en este caso acordó solicitar la declaración de quiebra, no se aprecia que los administradores hayan excedido el plazo de dos meses fijado en el artículo 261.5 LSA, pues, aun cuando el acaecimiento objetivo de la causa legal de disolución se produjera con anterioridad, el hecho determinante del inicio del plazo es el conocimiento de dicha circunstancia por parte de los administradores en términos de normalidad económica y contable, según el principio de exigencia de intencionalidad o negligencia que, ceñido a la conducta de omisión de la convocatoria para la disolución de la sociedad, rige en este tipo de responsabilidad y conduce a la necesidad de tener en cuenta el conocimiento —o deber de conocimiento— por los administradores de la situación de pérdidas. (**STS de 20 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La entidad demandante, subcontratista de una obra, demandó a los administradores de la sociedad contratista en acción de responsabilidad por no haber procurado la disolución de la sociedad cuando ésta se encontraba en situación de insolvencia. Alegaba la demandante que aunque, según las cuentas anuales, el patrimonio de la demandada era positivo a finales de 1994, el patrimonio real era negativo y, cuando subcontrató en febrero de 1995 y se endeudó con la demandante, se encontraba ya en insolvencia definitiva. Los demandados alegaron que fue en la Junta Ordinaria celebrada en junio de 1995 cuando se constató la situación de insolvencia y entonces se decidió solicitar la declaración de quiebra. El juez de primera instancia estimó parcialmente la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación interpuesto por los demandados y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

120. Retroacción de la quiebra. No afecta a las operaciones de descuento bancario.—El motivo se desestima porque las operaciones de descuento a que se refiere la demanda no han causado ningún perjuicio —disminución económica— al patrimonio del descontatario ni a la masa activa de la quiebra, por lo que no hay daño alguno para los acreedores. La entidad *Osca Pablo, S. A.*, percibió de la entidad descontante las sumas correspondientes a

los efectos descontados, sin que conste, ni se haya invocado, una liquidación abusiva de intereses o comisiones, siendo normal la deducción de aquellos habida cuenta la liquidez anticipada. La condena que pretende la Sindicatura supondría que el Banco tendría que devolver las cantidades cobradas de los librados de los títulos descontados, sin derecho a percibir las sumas que pagó a la descontataria en virtud del descuento, pues ni siquiera se pide en la demanda la nulidad de las operaciones, o del contrato, sino únicamente de los «cobros realizados». La pretensión carece de fundamento alguno, entraña un enriquecimiento injusto insostenible y es, en todo caso, abusiva, constituyendo incluso, como dice la Sentencia de 12 de noviembre de 1977, un «absurdo rechazable». Además, aunque procediera la nulidad de las operaciones, que no procede, esta Sala viene declarando a partir de la Sentencia de 13 de diciembre de 2005, ratificada entre otras por la de 22 de junio de 2006, con un cierto precedente en la de 11 de febrero de 2003, que «la nulidad por efecto de tratarse de un acto de disposición efectuado por el quebrado durante el período de retroacción, cuando se trata de un contrato sinalagmático implica la restitución en los términos establecidos en los artículos 1303, 1304 y 1308 CC, y la restitución es ajena a la masa de la quiebra, esto es, ha de ser tratada como una deuda de la masa»; y esto, en el caso, significa que la masa activa tendría que desprenderse de lo que *Osca Pablo, S.A.* recibió en virtud de descuento, lo que prácticamente reduciría la diferencia a los intereses y comisiones.

Pero ni siquiera la diferencia antes expresada (intereses y comisiones) debe ser reintegrada. Esta Sala acoge en numerosas Sentencias la doctrina, aquí plenamente adecuada, que sostiene un criterio flexible de interpretación del párrafo segundo del artículo 878 del Código de Comercio, con base en el artículo 1366 LEC y ausencia de connivencia fraudulenta, cuando las operaciones jurídicas –actos de dominio y administración- realizadas durante el período de retroacción han sido beneficiosas, o al menos no entrañaron perjuicios –disminución patrimonial-, para el patrimonio del quebrado, y, por consiguiente, para los acreedores (SS., entre otras, 20 septiembre 1993, 22 de enero de 1999, 22 de mayo de 2000, 8 de febrero de 2001, 3 de febrero de 2002, 12 de marzo y 20 de septiembre de 2003, 29 de enero de 2004, 13 de diciembre de 2005). Así sucede en el caso examinado toda vez que el importe de los títulos descontados, que posteriormente hizo efectivo la entidad descontante, se ingresó en el patrimonio de la entidad quebrada, sin que se aprecie una actuación fraudulenta por la anticipación de liquidez, ni conste una actuación abusiva en la cantidad descontada por intereses y comisiones, la cual se justifica por la naturaleza de la operación –liquidación adelantada respecto de la fecha de vencimiento de los efectos.

Finalmente, aunque en su día constituyó un tema doctrinal y jurisprudencialmente polémico, la doctrina de esta Sala, superando el criterio riguroso que había mantenido en algunas resoluciones (SS. 17 de febrero de 1909, 17 de marzo de 1958, 27 de mayo de 1973), se orientó por la solución consistente en que el párrafo segundo del artículo 878 C. Comercio no alcanza al descuento bancario (SS. 28 de mayo de 1960, 21 de junio de 1963, 20 de mayo de 1975, 10 de marzo y 15 de octubre de 1976 y 12 de noviembre de 1977), y ello con independencia de que el quebrado sea el descontatario (cedente de los efectos) o lo sea la entidad descontante, porque el criterio que fundamenta la respuesta jurídica toma como pauta si se ha producido, o no, una disminución en el patrimonio del quebrado, dado que la aplicación del párrafo segundo del ar. 878 C.Com. se conecta con los actos de dominio o

administración realizados por el quebrado durante el período de retroacción en detrimento de la «pars conditio creditorum» o principio de igualdad entre los acreedores. (**STS de 15 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La Sindicatura de la Quiebra de una sociedad anónima demandó a una cooperativa de crédito solicitando la declaración de nulidad de los cobros realizados por la demandada dentro del período al que alcanza la retroacción de la quiebra, pero provenientes de descuentos concertados con anterioridad a ese período. El Juez de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (*L. F. R. S.*)

DERECHO PROCESAL

121. Jurisdicción civil. Determinación de la jurisdicción competente para conocer de la ejecución de contratos celebrados por la Administración pública. Exigencia de una directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o finalidad pública.—La diferenciación entre los contratos administrativos atípico –antes denominados especiales- y los contratos privados de las Administraciones públicas ha constituido una cuestión de no fácil solución, y ha merecido un tratamiento jurisprudencial no unitario en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa. Por lo general, se ha atendido a la existencia de una relación relevante del contrato con el desempeño de las potestades administrativas específicamente atribuidas a la administración contratante, para cuyo ejercicio sirve aquél como instrumento o medio, y siempre orientado a la satisfacción de una finalidad o un interés público que constituye el elemento teológico definitorio de la naturaleza administrativa del contrato. El problema se encuentra en la amplitud con que quiera verse esa relación y en el modo de entender la vinculación del contrato al desenvolvimiento regular de un servicio público, o al giro o tráfico específico de la Administración contratante.

Contratos celebrados por la Administración pública con particulares para la ejecución de interpretaciones artísticas. Interpretación sociológica y teleológica de las normas. Competencia de la jurisdicción civil para conocer de los litigios relativos a sus efectos y extinción.—Estas dificultades conceptuales se aprecian claramente a la hora de precisar la naturaleza de contratos celebrados por una entidad de la Administración Local con un particular, cuyo objeto es la ejecución de una interpretación artística en el marco y en el desarrollo de un programa de festejos populares. El examen de su naturaleza ha de hacerse de acuerdo con una interpretación sociológica y teleológica de las normas, conforme a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas (art. 3.º CC). Se comprueba así la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos; habiéndose pasado del desenvolvimiento regular de un servicio público, o de la presencia de características intrínsecas que hagan necesaria la especial tutela del interés público en la ejecución del contrato, a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, y a la directa satisfacción de una nece-

sidad pública de la específica competencia de aquélla. Se aprecia así un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio del servicio público, para atender al específico ámbito de actuación y de competencia de la Administración contratante. Lo que, aplicado al caso, exige considerar esta clase de contratos como de carácter privado, sometido a la legislación administrativa sólo en cuanto afecta a los actos separables; mientras que en lo que se refiere a sus efectos y extinción se someten a las normas de derecho privado, correspondiendo a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos al cumplimiento contractual de los mismos. (STS de 24 de enero de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La mercantil E.L.U. demandó al Ayuntamiento de L.A.C., en ejercicio de una acción de cumplimiento contractual, reclamando el precio adeudado correspondiente a los contratos de interpretación artística celebrados durante varios años, que se llevaron a cabo dentro del programa de actividades de las fiestas patronales del municipio. El Ayuntamiento demandado alegó la incompetencia de jurisdicción, considerando que el conocimiento del litigio correspondía a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso-administrativo. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Valencia estimaron íntegramente la demanda, rechazando la incompetencia de jurisdicción alegada de contrario. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento demandado. (L. A. G. D.)

122. Convenio de Bruselas, de 27 de septiembre de 1968, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil: ámbito material de aplicación.—Conforme al artículo 1.2 del Convenio de Bruselas de 1968, se excluirán del ámbito de aplicación del citado Convenio la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, así como los demás procedimientos análogos, respecto de los cuales, el artículo 220 del Tratado de Roma previó la elaboración de un convenio específico, que finalmente cristalizó en el Reglamento número 1346/2000, del Consejo, sobre procedimientos de insolvencia.

El Tribunal de Justicia Comunitario ha elaborado un concepto autónomo de los procedimientos de insolvencia, considerando como tales, en términos amplios, los fundados, según las diversas legislaciones de las partes contratantes, sobre el estado de suspensión de pagos, la insolvencia o el quebrantamiento del crédito del deudor que implican desde un control de la autoridad judicial hasta una intervención de la misma, con el resultado de una liquidación forzosa y colectiva de los bienes. En consecuencia, la resolución que, con base a una declaración de concurso, acuerde ordenar al síndico que inste la constancia de dicha situación concursal en los registros públicos del Estado preceptor debe, sin ningún género de dudas, considerarse incluida en las excepciones del ámbito material de aplicación del mencionado convenio.

Paralelamente, el Tribunal de Justicia comunitario ha excluido del ámbito de aplicación del Convenio, las resoluciones de carácter cautelar o provisional que no se hayan dictado siguiendo un procedimiento contradictorio, es decir, aquellas en las que la parte contra la que vayan dirigidas no haya sido citada a comparecer y que estén destinadas a ejecutarse sin haber sido previa-

mente notificadas a esta última parte. (**STS de 13 de diciembre de 2006**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don C.A., en su condición de síndico del concurso de acreedores de la mercantil H.N., presentó solicitud de reconocimiento y declaración de ejecutoriedad de la resolución dictada por el Tribunal de Quiebras, Concurso de Acreedores y Sucesiones, Tribunal Marítimo y de Comercio de Copenhague, con fecha 28 de julio de 1995. En la citada resolución, se acuerda solicitar al síndico que lleve a cabo la inscripción de la declaración del concurso de acreedores en el Registro de la Propiedad en donde figuran inscritos los tres inmuebles situados en España que pertenecen al concursado.

En octubre de ese mismo año, el Juzgado de Primera Instancia reconoce mediante auto la eficacia en España de la indicada resolución extranjera y acuerda, así mismo, librar mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad competente, para que proceda a la anotación de la declaración de concurso de acreedores de don J. en las inscripciones de las fincas que se detallan en la misma resolución. Interpuesto recurso de alzada contra el señalado auto, la Audiencia Provincial estima el recurso interpuesto por don J. y ordena la cancelación de las anotaciones registrales practicadas de conformidad con el mismo. La Audiencia deniega la homologación de la resolución extranjera por haber sido dictada sin que el concursado hubiera sido citado, lo que le impide comparecer ante el tribunal del Estado de origen que adoptó las medidas. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso interpuesto por don C.A. (*M. C. C. M.*)

123. Poder *apud acta* en favor de procurador. Por haberlo consentido previamente, una parte procesal, no puede impugnar el apoderamiento realizado por una persona que ya no ostentaba el cargo de administrador de una sociedad anónima a favor de un procurador.—Tratándose el denunciado de un vicio subsanable, la parte afectada lo consintió, no denunciándolo en su momento, dejando transcurrir numerosas diligencias referidas a actuaciones en el proceso del Procurador designado para el uso del poder que se dice cancelado o no existente, por falta de renovación del cargo social que correspondía al poderdante, y dado que, en definitiva, la permanencia en el proceso de la parte así apoderada (su Procurador) en nada es relevante, ya que sus intervenciones, en lo principal, son conjuntas con las de los otros dos demandados, respecto a los que su actuación, en su caso, sería la misma que la que ahora se pretende como nula.

Reconocimiento de deuda que prevalece sobre los títulos valores presentados por el demandante.—La Sentencia impugnada (y en cuanto también recoge lo dicho al respecto por la de primera instancia), no les da un valor absoluto y «abstracto» material a los documentos de que se trata, sino meramente procesal, y parte de ellos como única prueba existente sobre la deuda entre las partes y sobre su cancelación o pago, pero partiendo siempre de una prueba principal, y uniéndola a ella, cual es la de falta de prueba de la actora, en cuanto la misma hace derivar su crédito de una serie de documentos que no identifica, dentro de los numerosos que aporta con su demanda, y en cuanto también reclama menos de lo que se deduce del total presentado,

y a pesar de habersele requerido para que lo hiciera, sin hacerlo, y aparte de que, entre los documentos aportados los hay que están pagados, tras su renovación, por las partes. (**STS de 9 de febrero de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La sociedad demandante reclamó una deuda pecuniaria, acompañando diversos títulos valores, algunos de los cuales habían sido pagados por la sociedad demandada. Los demandados se opusieron, aportando un documento que suponía un reconocimiento de deuda por un importe que fue satisfecho posteriormente a los demandantes. El juez de primera instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó. En su recurso de casación, la demandado recurrente alegada la falta de poder del procurador de uno de los demandados, que al realizar el apoderamiento ya no ostentaba el cargo de administrador de la sociedad demandada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

