

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: 115,00 € (más gastos de envío)

Precio del fascículo suelto: 36,00 € (más gastos de envío)

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de Justicia

(Centro de Publicaciones)

c/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID

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

VENTA Y DISTRIBUCIÓN

Librería del Boletín Oficial del Estado

c/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID

Tel.: 902 365 303

Fax: 91 111 42 60

ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO LXII, FASCÍCULO II
Abril-junio, 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): 007-09-008-6
NIPO (M. de Justicia): 051-09-004-9
ISSN: 0210-301X
Depósito legal: M-125-1958

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

El precio a pagar por el retrayente para ejercitar su derecho de adquisición preferente *

ESTHER GÓMEZ CALLE
Profesora Titular (Derecho civil)
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Es doctrina general de nuestro Tribunal Supremo que el precio que el retrayente debe reembolsar por el bien retraído, en casos de divergencia probada entre el consignado en la escritura de compraventa y el realmente satisfecho por el comprador, es este último. El presente artículo pretende, de una parte, hacer una exposición detallada y sistemática de dicha doctrina, desglosada por grupos de supuestos, y presentar sus diversos matices e incluso diferencias, tanto en el enfoque global del tema, como en cuestiones concretas de gran incidencia en la resolución final del caso, tales como la prueba de la divergencia entre el precio real y el precio publicado, o si ha de considerarse o no el valor real del bien. De otra parte, se cuestiona con diversos argumentos la corrección de dicha doctrina cuando se escritura por un precio inferior al real y el retrayente sólo conoce, al tiempo de ejercitar su derecho, el precio escriturado, ignorando la simulación parcial del precio llevada a cabo por comprador y vendedor.

PALABRAS CLAVE

Retracto, precio real, precio escriturado, valor real, prueba, consignación, reembolso, buena fe, mala fe, enriquecimiento injusto, simulación, fraude, protección a la confianza.

* Este trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación «La transmisión de la propiedad: especial referencia al Derecho europeo actual» (SEJ2005-04765/JURI), dirigido por el Prof. Dr. D. José María Miquel González y financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

SUMARIO: I. *Presentación del tema y apunte de toma de postura.*—II. *Análisis jurisprudencial.* 1. La doctrina general del Tribunal Supremo y sus diversas formulaciones. 2. La ausencia de prueba de un precio distinto del escriturado y sus consecuencias. 3. Problemas que suscita la prueba de la existencia de un precio distinto del escriturado. 4. Consecuencias de la acreditación de la divergencia entre precio real y precio escriturado. 4.1 El precio real es inferior al escriturado. 4.2 El precio real es superior al escriturado. 4.2.1 Casos en que el retrayente conocía el verdadero precio antes de ejercitar su derecho. 4.2.2 Casos en que el retrayente únicamente conocía el precio escriturado al ejercitar su derecho. a) Tesis dominante. b) Manifestaciones discrepantes.—III. *Consideraciones críticas y valoración personal final.*—IV. *Relación de sentencias del Tribunal Supremo.*—V. *Bibliografía.*

I. PRESENTACIÓN DEL TEMA Y APUNTE DE TOMA DE POSTURA

Probablemente una de las cuestiones que con más frecuencia llega a nuestros tribunales en relación con el ejercicio del derecho de retracto sea la que me propongo analizar en estas páginas: se trata de *la determinación del precio que ha de pagar el retrayente para hacer valer su derecho cuando el precio realmente pagado por el bien retraído no coincide con el que figura en la escritura que documenta la correspondiente compraventa.* La cuestión radica en concretar si el retrayente debe abonar el precio real o el escriturado, habiéndose defendido incluso, en determinados casos, la conveniencia de optar por el valor real del bien.

La discrepancia entre el precio verdaderamente pagado por el comprador y el hecho constar en la escritura de compraventa responde fundamentalmente a dos motivaciones diferentes de quienes son parte en el referido contrato: o bien se trata de hacer el retracto más gravoso para el retrayente para evitar que éste ejercite su derecho, a cuyo fin se escritura un precio superior al real aunque ello comporte satisfacer unos costes fiscales y de otro tipo más elevados; o bien se trata de eludir la carga fiscal y demás gastos vinculados al verdadero importe de la transacción, para lo cual se opta por hacer constar en la escritura un precio inferior —con frecuencia, muy inferior— al verdaderamente pagado. Las sentencias dictadas al respecto revelan que el segundo caso es el más frecuente en la práctica, lo que resulta perfectamente explicable si se tiene en cuenta lo habitual que en nuestra comunidad sigue siendo escriturar por un precio mucho más bajo que el real. El problema surge, en el ámbito que aquí interesa, cuando el retrayente pretende adqui-

rir la cosa por ese precio escriturado, siendo entonces cuando sale a la luz pública (o, al menos, cuando se pone de manifiesto ante los funcionarios públicos, sean jueces o sean funcionarios de Hacienda) su desajuste con el verdadero precio. Avanzo ya que la respuesta que deba darse al problema que entonces se suscita depende, a mi modo de ver, no sólo de si se consigue o no probar el verdadero importe del precio pagado por el bien retraído, sino también, y sobre todo, de si se consigue o no probar que el retrayente ya lo conocía cuando ejercitó su derecho; a estos efectos interesa tener en cuenta que el brevísimo plazo con que cuenta el titular de determinados retractos para ejercitar su derecho (nueve días desde la inscripción de la venta en el Registro si antes no había tenido conocimiento de ella, en los retractos de comuneros y colindantes, según el art. 1524 CC) dificulta en la práctica la averiguación por su parte de cuál fuera el supuesto precio real distinto del escriturado, si es que no fue informado de ello por las partes del contrato de compraventa. En cualquier caso, la carga de la prueba, en los aspectos señalados, incumbirá al adquirente demandado.

Lo que resulta del art. 1518 CC (al que remite el art. 1525 CC) es que el retrayente debe reembolsar al comprador «el precio de la venta»; precio que, en principio, deberá ser el documentado o escriturado, en cuanto precio conocido; la prueba de que el precio verdaderamente pagado por el bien fue otro no debe conducir automáticamente a la conclusión, a mi modo de ver, de la prevalencia del mismo a efectos del ejercicio del retracto; habrá que valorar también la actitud del retrayente, tercero extraño a la compraventa, a quien no parece que pueda serle oponible, en perjuicio suyo, el precio disimulado u oculto en cualquier circunstancia, esto es, sin tener en cuenta hasta qué punto conocía la realidad de las cosas o había confiado en la apariencia creada por la simulación del precio. Por su parte, la Ley de Enjuiciamiento Civil exige acompañar la demanda de retracto con «el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociera» (art. 266.3.º LEC, que trae causa del art. 1618.2.º de la antigua Ley Rituaria); del precepto resulta que si, al ejercitar el retracto, el precio conocido por el retrayente es el que figura en la escritura, ése será el que deba consignar; pero si éste supiera que el precio real fue otro, mayor, habrá que entender que ése sería el precio *conocido* a consignar ¹.

¹ Obviamente, el problema que aquí analizaremos no es exclusivo de nuestro Derecho. La documentación de un precio distinto del real también es práctica habitual en otros países de nuestro entorno. Entre ellos, interesa especialmente el caso de Alemania, porque reviste la particularidad de que, en su sistema jurídico, la compraventa de inmuebles es un

Situado ya el tema, paso a analizar la doctrina jurisprudencial al respecto.

contrato formal. Así resulta del § 311.b).1 BGB, cuyo primer inciso dispone que un contrato por el cual una parte se obligue a transmitir o a adquirir la propiedad de un inmueble, precisa de documentación notarial; consiguientemente, en ella debería constar el verdadero precio [los pactos sobre la contraprestación precisan ser documentados porque ningún contrato dispositivo es completo conforme a la voluntad de las partes mientras no se alcance un acuerdo sobre la contraprestación: KRÜGER, *MüKo*, § 311.b).1, marginal 51]. Consiguientemente, si las partes escrituran de mutuo acuerdo un precio falso, el contrato documentado es nulo conforme al § 117 BGB, por ser simulado (del primer párrafo del citado parágrafo resulta la nulidad de la declaración de voluntad que con el acuerdo de su destinatario se emite sólo para aparentar), y también es nulo el contrato realmente querido (el correspondiente al pacto accesorio que las partes habían cerrado sobre el precio), por defecto de forma (§ 125 BGB) [a este respecto, *vid.*, por todos, GRÜNEBERG, *Palandt*, § 311.b), marginal 36, y FLUME, *El negocio jurídico*, traducción de Miquel González y Gómez Calle, Madrid 1998, p. 324].

Ahora bien, el inciso segundo del § 311.b).1 BGB admite la subsanación del defecto de forma mediante el cumplimiento del contrato, al establecer que un contrato celebrado sin observar el requisito formal previamente señalado en el inciso primero se convalida, con todo su contenido, si tienen lugar el acuerdo abstracto traslativo y la inscripción en el Registro de la Propiedad; a estos efectos, se entiende que el acuerdo traslativo ligado al contrato nulo por razones de forma es, por regla general, válido [GRÜNEBERG, *Palandt*, § 311.b), marginal 45]. A falta de cualquiera de los dos requisitos señalados, el contrato oculto permanecerá nulo, por lo que tampoco procederá el ejercicio del derecho de adquisición preferente, que presupone un contrato válido de compraventa (WEIDENKAFF, *Palandt*, § 463, marginal 6). Pero si hay acuerdo traslativo e inscripción, el contrato oculto vale con el precio realmente pactado, puesto que se convalida «con todo su contenido», y los pactos carentes de forma sobre el precio, como cualquier otro pacto accesorio oral o escrito del contrato documentado, forman parte del mismo [FLUME, *El negocio jurídico*, cit., pp. 324 y 484; y GRÜNEBERG, *Palandt*, § 311.b), marginales 36, 46 y 55]. Así las cosas, el precio a pagar por el titular de un derecho de adquisición preferente sobre el inmueble vendido sería, en tal caso, el real. Con una excepción legalmente prevista, la del § 4.3 de la Reichssiedlungsgesetz (Ley imperial de urbanización), de 11 agosto 1919 (modificada por la Grundstücksverkehrsgesetz –Ley del tráfico inmobiliario–, de 28 julio de 1961); la Reichssiedlungsgesetz trató de favorecer la obtención de terrenos y su urbanización mediante la creación de empresas urbanizadoras («Siedlungsunternehmer») de utilidad pública, que podían adquirir y transmitir tierra para fines urbanizadores mediante derechos legales de adquisición preferente y también mediante expropiaciones; pues bien, conforme al § 4.3 de esta Ley, la empresa urbanizadora puede hacer valer su derecho de adquisición preferente por el precio documentado en el contrato celebrado con tercero, aunque ese precio sea simulado (*vid.* al respecto, WESTERMANN, *MüKo*, § 463, marginal 12).

Este es uno de los derechos legales de adquisición preferente que fuera del BGB reconoce el Derecho alemán; en el BGB tan sólo se recogen dos: el del § 577, a favor del arrendatario de superficies habitables en las que se constituya o deba constituirse la propiedad horizontal después de su cesión al arrendatario, para el caso de venta a un tercero; y el del § 2034, a favor de los coherederos, en caso de que uno de ellos venda su parte a un tercero. El origen legal de estos derechos no significa necesariamente que gocen de eficacia real (así, por ejemplo, el del § 577 tiene una eficacia meramente obligacional, y el del § 2034 sólo despliega ciertos efectos reales: *vid.*, respectivamente, WEIDENKAFF, *Palandt*, § 577, marginal 6, y EDENHOFER, *Palandt*, § 2034, marginal 1; en términos más generales, véase WESTERMANN, WESTERMANN, GURSKY y EICKMANN, *Derechos reales*, vol. II, traducción de Miquel González, Cañizares Laso, Rodríguez Tapia y Rodríguez Rosado, Madrid 2007, p. 1462).

Los derechos de adquisición preferente también pueden tener un origen negocial, y pueden constituirse con carácter obligacional o real. *El derecho obligacional de adquisición preferente* (que obliga sólo al que lo ha constituido y a su sucesor universal) se regula en los §§ 463 a 473 BGB; estos preceptos son aplicables, en principio, también a los dere-

II. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

1. LA DOCTRINA GENERAL DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SUS DIVERSAS FORMULACIONES

El Tribunal Supremo ha tenido numerosas ocasiones de pronunciarse sobre la cuestión del precio a pagar por el retrayente, tocando en no pocas sentencias también el tema de la cantidad a consignar al ejercitar el retracto.

Aunque puede apreciarse una línea general presente en todas estas resoluciones, hay ciertas diferencias entre ellas (a veces relativas a postulados básicos, y, a veces, a la puesta en práctica de los mismos), de importancia muy destacada en ocasiones. En lo esencial, la doctrina general del TS es que el retrayente ha de abonar el precio realmente pagado por el bien retraído supuesto que el mismo quede debidamente acreditado. Ello significa que si el hipotético precio real no resulta probado, debería prevalecer el consignado en la escritura de compraventa (veremos, no obstante, cómo algunas sentencias han abierto en tal hipótesis una vía para la imposición del valor real del bien retraído).

El TS ha expresado dicha doctrina general de diversas maneras, plasmándose en cada una de las formulaciones empleadas –aunque a veces sea de manera muy sutil– un determinado enfoque de la cuestión, que luego se deja ver en la forma de resolver finalmente el caso concreto. Así, y en primer lugar, algunas sentencias parten de que *el precio a tener en cuenta es el que figura en el contrato causal*, y, si bien admiten que puede pactarse un

chos legales de adquisición (así lo establece expresamente, v. gr., el § 577.1, inciso tercero BGB). *El derecho real de adquisición preferente* se regula en los §§ 1094 a 1104 BGB y también, en cuanto a las relaciones entre el obligado por el derecho y el titular del mismo, por los §§ 463 a 473 BGB (§ 1098 BGB); sólo puede gravar inmuebles (y sus pertenencias) (§§ 1094 y 1096 BGB), y obliga a quien en cada momento sea su propietario; frente a terceros surte los mismos efectos que una anotación preventiva (§ 1098.II BGB) (vid. al respecto BASSENGE, *Palandt*, Überblick vom § 1094, marginal 1).

El plazo general de ejercicio del derecho de adquisición preferente es el previsto en el § 469.2 BGB, que opera en defecto de estipulación en contrario: dos meses tratándose de inmuebles y una semana si el objeto es otro (el § 577 BGB, por ejemplo, no establece nada al respecto, mientras que el § 2034.2 BGB fija también un plazo de dos meses); el plazo comienza a computarse desde que al titular del derecho le sea comunicado el contenido del contrato celebrado con un tercero. Estamos, por tanto, ante un plazo general más holgado cuando se trata de inmuebles, que el previsto, también con carácter general, en nuestro art. 1524.I CC; además, se asegura que su cómputo no comience en tanto el titular del derecho no tenga conocimiento del contrato celebrado y de su contenido, lo que supone una clara ventaja para el mismo si se compara con la regla del citado precepto español, conforme a la cual el plazo empieza a correr desde que la venta se inscribe en el Registro, aunque el retrayente no haya tenido conocimiento de ella.

precio superior en documento separado de la escritura de venta, sostienen que éste sólo prevalecerá en el ejercicio del retracto cuando exista una prueba cumplida y completa del mismo; son sentencias que acaban concluyendo la ausencia de tal prueba y que, por tanto, dan lugar al retracto por el precio escriturado². Otras sentencias reformulan la doctrina expuesta expresando que *si bien es cierto* que el precio que hay que tomar en cuenta para dar lugar al retracto es el que figura en el contrato causal, *ello no elimina la procedencia de admitir prueba tendente a demostrar que la cantidad figurada en la escritura es ficticia*, debiendo operarse en tal caso con la realidad resultante; se trata de casos en los que, en efecto, se acabó considerando que el retrayente debía satisfacer el precio real (a veces, más bien, valor real) por estimarse acreditada su existencia³. A este mismo resultado (esto es, la prevalencia del verdadero precio o, en su caso, valor) llega, por último, otro nutrido grupo de resoluciones que sostiene directamente que *el retrayente ha de entregar al comprador la cantidad que realmente entregó por la cosa*, aunque no coincida con el precio fijado en la escritura pública de venta⁴, o que «el retracto ha de realizarse por el precio real y verdadero en que fue vendida

² Es el caso, *v. gr.*, de las SSTS de 29 de mayo de 1957, 21 de septiembre de 1993 y 25 de mayo de 2001 (que reproduce la doctrina de la de 21 de septiembre de 1993).

Idéntico planteamiento se plasma en una serie de sentencias, que, sosteniendo la prevalencia de la prueba documental pública o la mayor fuerza de convicción de las declaraciones hechas en instrumento público, acaban admitiendo el ejercicio del retracto por el precio escriturado, por no considerarse acreditado un precio real distinto; así, las SSTS de 6 de febrero de 1957, 25 de abril de 1963, 28 de junio de 1991, 20 de febrero de 1992 y 16 de enero de 2008; a ese resultado llegan también, por ejemplo, las SSTS de 16 noviembre de 1966 (única, de todas las aquí citadas, referente a un caso en que se pretendía hacer valer –por el retrayente, como es obvio– que el precio real había sido menor que el escriturado; en todas las demás, era el comprador quien aspiraba a que se declarara lo contrario), 27 de julio de 2006, 27 de octubre de 2006 y 11 de mayo de 2007.

El caso de la citada STS de 27 octubre de 2006 reviste la peculiaridad de que, más de tres años después de otorgada la escritura de cesión de derechos hereditarios que dio ocasión a ejercitar el retracto de coherederos, y dos días después de presentarse la demanda de retracto, se otorgó una escritura de subsanación de la anterior, por «error» padecido en aquella; en la segunda escritura se hacía constar que el precio había sido de 8.500.000 pesetas y no el de 500.000 pesetas, que figuraba en la primera. Sin embargo, tanto el Juzgado como la Audiencia, estimando la demanda, declararon probado que el precio de los derechos hereditarios fue este último; y puesto que las cuestiones de hecho no pueden acceder a casación, el Supremo confirmó el fallo de instancia.

³ Así, *v. gr.*, las SSTS de 11 de mayo de 1965 (que, a diferencia de las otras citadas en esta nota, contempla un caso en que se escrituró un precio superior al real «con el fin de burlar el retracto o hacerlo más gravoso», siendo a esta hipótesis a la que específicamente refiere la prevalencia del precio real –y probado– al fingido), 20 de septiembre de 1988 y, haciéndose eco de ésta, la de 11 de julio de 1996.

⁴ SSTS de 16 de mayo de 1956, 25 de mayo de 1973, 12 de junio de 1984, 14 de marzo de 1985 y 30 de marzo de 1995.

La citada STS 16 mayo 1956 menciona como precedente la STS de 7 de julio de 1948, que efectivamente consideró preciso el reembolso del precio real en un caso en el que *el retrayente lo conocía antes* de ejercitar su derecho; esta circunstancia concurría también en los casos resueltos por las mencionadas SSTS de 16 de mayo de 1956 y 14 de marzo

la finca y no por el simulado e inferior que se hizo constar en la escritura pública de venta»⁵; aunque no siempre se menciona explícitamente, todos los fallos de este tercer bloque descansan sobre la base de considerar probado el precio real (a veces, más bien, valor real) del bien retraído.

De lo que no cabe duda es que, una vez que el titular del retracto ha ejercitado debidamente su derecho, haciéndolo valer por el precio consignado en la escritura que se le notificó, no puede verse afectado por un acuerdo en que los primitivos contratantes establezcan un precio mayor al inicialmente pactado. Así lo destaca la STS 12 diciembre 2000⁶; el Supremo parte de que «no se trata de ninguna ocultación o simulación del precio por el que se quiere retraer», y sostiene: «Ejercitado el retracto por la inquilina con toda corrección, no hay ningún precepto jurídico que la obligue a soportar los efectos de los pactos que hubieren celebrado compradora y vendedora con posterioridad, bajo pretexto que el precio real de la transmisión no era el que se le notificó para que pudiera tener conocimiento completo de las circunstancias de la transmisión, sino el que después de presentada y admitida la demanda de retracto se ha pagado además del primero»⁷.

de 1985 y, como veremos más adelante, justifica plenamente la preferencia del precio real sobre el escriturado a los efectos que estamos analizando.

⁵ SSTs de 30 de abril de 1991, 30 de marzo de 1995, 11 de julio de 1996 y, parecidamente, 28 de junio de 1996.

⁶ El caso fue el siguiente: Hubo una escritura de compraventa de un piso, por la que la adquirente pagó tres millones de pesetas, de fecha 27 de febrero de 1995; el 2 de marzo siguiente la escritura se notificó a la inquilina de la vivienda, que ejercitó su derecho de retracto el 19 de abril de 1995, fecha de admisión de la demanda, emplazándose a la demandada como compradora para su comparecencia y contestación el 20 de abril siguiente; el mismo día 20 de abril se otorga otra escritura entre vendedora y compradora por la que esta pagaba cuatro millones de pesetas más a aquella, que había manifestado la posibilidad de solicitar la rescisión de la compraventa por lesión *ultra dimidium*.

⁷ Niega además cualquier vulneración de la doctrina del enriquecimiento sin causa, indicando que es doctrina concorde de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo negar la aplicación de tal doctrina «cuando se adquiere una utilidad en virtud de un contrato que no ha sido invalidado, o en virtud del ejercicio sin abuso de un legítimo derecho, o de una sentencia que se estima procedente en derecho... Cualesquiera que hayan sido las motivaciones que hayan llevado a la recurrente a pagar los cuatro millones de pesetas sobre el mismo precio, no hay la más mínima prueba de que la retrayente las conociese y se aprovechase de las circunstancias, por lo que no se podría decir que ha hecho uso de su derecho de manera abusiva. Por otra parte, la sentencia que estima la acción de retracto tampoco puede decirse que no sea procedente en derecho...».

Al mismo resultado se llega en Derecho alemán, si se tiene en cuenta que, conforme al § 464.2 BGB, mediante el ejercicio del derecho de adquisición preferente –que simplemente precisa de una declaración de voluntad informal, unilateral y recepticia dirigida por el titular del derecho al obligado por el mismo (§ 464.1 BGB)– se perfecciona entre ambos la compraventa, con arreglo a las mismas disposiciones que el obligado por el derecho hubiera acordado con el tercero en su respectivo contrato. De este modo, es claro que una variación *a posteriori* de este último no puede afectar ya al titular del derecho de adquisición ni repercutir en el contenido de la compraventa que quedó perfeccionada con el ejercicio del derecho.

2. LA AUSENCIA DE PRUEBA DE UN PRECIO DISTINTO DEL ESCRITURADO Y SUS CONSECUENCIAS

2.1 Si, conforme a la doctrina jurisprudencial expuesta, la prevalencia del precio real exige la debida prueba de su existencia, de ello habría que deducir lógicamente que, *si no queda convenientemente acreditado ese precio, el único a tener en cuenta a los efectos del ejercicio del retracto ha de ser el que conste como tal en la escritura*⁸; frente a lo cual no podría invocarse –así lo ha entendido el Supremo– la existencia, por parte del retrayente, de un supuesto enriquecimiento sin causa⁹ o de un ejercicio abusivo de su derecho¹⁰; del mismo modo que tampoco comporta vulneración alguna del criterio de equidad¹¹. Lo dicho también podría expresarse en los siguientes términos: si no puede probarse la existencia de un precio diferente del escriturado, el retrayente únicamente deberá reembolsar el precio que figure en la escritura de compraventa, *con total independencia de cuál sea el valor real del bien retraído* y, por tanto, aunque el mismo valga objetivamente más o mucho más (o menos) que el precio hecho constar en el documento público. Esto es, a los efectos del retracto es irrelevante el valor real o valor de mercado que pueda tener el bien en cuestión¹². Esta conclusión, que me parece correcta, ha sido expresamente destacada

⁸ Conclusión que alcanzan todas las sentencias del primer grupo al que aludía en el apartado anterior: SSTs de 6 de febrero de 1957, 29 de mayo de 1957, 25 de abril de 1963, 16 de noviembre de 1966, 28 de junio de 1991, 20 de febrero de 1992, 21 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 2001, 27 de julio de 2006, 27 de octubre de 2006, 11 de mayo de 2007 y 16 de enero de 2008.

⁹ Sostiene la STS de 6 de febrero de 1957 que frente a la prevalencia del precio escriturado no puede alegarse que nadie puede enriquecerse sin causa a costa de otro, pues «el ejercicio de un derecho por el arrendatario, como el de retracto, autorizado por la Ley y ofreciendo el mismo precio que en la escritura de venta figura, no puede ser causa de enriquecimiento torticero que el principio de derecho citado recoge y que la Jurisprudencia de este Tribunal ha sancionado, en el sentido de que para su aplicación se requiere la demostración de la realidad del enriquecimiento, la del daño y la del empleo de medios reprobados para conseguir aquél o producir éste...; ninguna de cuyas circunstancias fueron probadas en el caso que se contempla en el que sólo se usa de un derecho, reconocido legalmente, y sabido es que en este supuesto, de ordinario, a nadie se ofende, perjudica o daña».

¹⁰ Según la STS de 20 febrero de 1992, «no puede... decirse que ejercita abusivamente su derecho el arrendatario que... ejercita el derecho de retracto sobre la vivienda que ocupa, cumplidos los requisitos legales;... quien... lo ejercita de manera normal y con el serio y único propósito de hacer efectivo su derecho de preferente adquisición no actúa con abuso de su derecho». La STS de 25 de mayo de 2001 descarta también el abuso, aduciendo que «la ocultación de la compraventa durante tan largo período de tiempo y la falta de prueba del que se dice haber sido el precio real, sólo es imputable a vendedor y compradores, quienes han de pechar con las consecuencias de su conducta defraudatoria de los derechos del arrendatario».

¹¹ La misma STS de 25 de mayo de 2001 así lo destaca, razonando que la equidad sólo puede servir de fundamento a una resolución judicial cuando la ley expresamente lo permite (art. 3.2 CC), lo que no ocurre en el caso que aquí interesa.

¹² Esta idea también se defiende en el Derecho alemán, puesto que se entiende que, en el ejercicio de un derecho de adquisición preferente, no procede la rebaja del precio de

por el Supremo en algunas sentencias, como la de 29 mayo 1957; en ella declaró que «descartado el precio justo como esencia de la compraventa, carece de trascendencia el que la cosa vendida valga más o menos del precio convenido, que es la neta afirmación de la Sala de que la cosa vale mucho más, lo cual es distinto de que pagara esa equivalencia...»; en consecuencia, el Supremo casó la sentencia de instancia por no dar lugar al retracto «sobre el exclusivo fundamento de que la finca retraída vale más, ...no pudiendo darse valor a suposiciones que pueden desembocar en el fraude de la institución que tiene su garantía en la formal contratación que debe responder siempre a la verdad». En la misma línea se pronuncia la STS de 16 de enero de 2008; así, en alusión a la doctrina jurisprudencial que hace prevalecer el precio real cuando resulta superior al escriturado siempre que se pruebe, especifica: «sin que en modo alguno se haya contemplado el “valor” del inmueble, por más que supere el precio, pues éste es el que se ha de reembolsar al adquirente que lo pactó y se obligó a satisfacerlo, al margen de que sea coincidente o no con el valor de mercado del bien enajenado»¹³. También la STS de 16 de noviembre de 1966 se pronuncia en el mismo sentido, aunque esta vez en relación con un caso en que era el retrayente quien quería hacer valer el verdadero valor del bien, por considerarlo menor que el escriturado, sobre la base de la prueba pericial practicada; el Supremo, tras destacar que no cabe basar un recurso de casación en una prueba pericial, por ser de la libre apreciación del juez de instancia, declara el perecimiento del correspondiente motivo y añade: «*máxime si se tiene en cuenta que la prueba pericial puede llegar a determinar el justo valor de una cosa, mas no el precio de su venta, en que intervienen otros elementos además del valor, la afición, la necesidad, etcétera*».

2.2 Sin embargo, no siempre el TS se ha pronunciado en el sentido expuesto. Antes bien, lo cierto es que, como venía ya insinuando en mi exposición anterior, *en diversas ocasiones el TS ha dado relevancia cierta al valor real del bien retraído*. Y aunque de forma a veces un tanto confusa, en la medida en que se alude indistintamente al precio y al valor real del bien, existen varios fallos en los que se ha impuesto el retracto por el valor real, determinado pericialmente, ante la imposibilidad de averiguar el precio efectivamente pagado por el adquirente y supuestamente distinto del

compra por el hecho de que sea desproporcionadamente elevado (BASSENGE, *Palandt*, § 1098, marginal 2, p. 1475).

¹³ Consecuentemente, el Supremo desestimó el recurso de casación interpuesto por el demandado, que sostenía que el precio que debía abonarle el retrayente no era el de cuarenta millones de pesetas –precio escriturado y único que la Audiencia consideró satisfecho por el comprador–, sino el precio «real» de casi noventa millones de pesetas, en que había sido tasado el inmueble.

consignado en el documento público de compraventa. En este sentido cabe citar, en primer lugar, la STS de 12 de junio de 1984; según la misma, la motivación «de llegar a una solución justa, acomodada al respeto de la equivalencia de esos intereses contrapuestos» (se refiere a los de las partes, los de los terceros adquirentes e incluso los del Fisco) «... es la que predomina en la corriente jurisprudencial que ha establecido que en los casos dudosos –y más aún en los estridentes– relativamente a la determinación del precio (de “precio” habla el C. Civ.; de “precio” y “valor” el Reglamento de Rústicos), tanto cuando no hay constancia del mismo, como cuando el que aparece en la escritura es desproporcionado o escandalosamente inferior al “valor” de la finca vendida, hay que estar por razón de justicia al “precio real”, es decir, a la cantidad en metálico –o de otra forma– que se ha integrado por el comprador y, consiguientemente, que, conocido el verdadero precio, ese será el que se ha de reembolsar aunque no coincida con el que figura en la escritura pública –SS. de 7 de julio de 1948, 16 de mayo de 1956, 11 de mayo de 1965–, y es aquél el que debe prevalecer frente a éste –SS. de 4 de diciembre de 1956, e indirectamente la S. de 18 de febrero de 1983–, ...lo que, en definitiva autoriza, al menos cuando hay sospecha de simulación o cuando, discutido el precio como en este caso, la prueba acredita una flagrante desigualdad, autoriza, decimos, a la aceptación de la tesis de la justicia del caso aplicada por la Audiencia mediante su apreciación de la prueba de ese precio real o valor señalado pericialmente, no combatido en el recurso»; el Supremo considera inaceptable la tesis del retrayente, que sostenía en su recurso que conforme al art. 16 del Reglamento de Arrendamientos Urbanos de 1959, en relación con el art. 1518 CC, había que atenerse al precio obrante en la escritura y no al “valor”; y, para terminar de justificar la prevalencia del precio real, recuerda «la conocida doctrina del alcance relativo de la fe pública notarial al respecto, sólo vinculante en cuanto a la fecha y al hecho del otorgamiento».

Previamente, la Audiencia había entendido que, teniendo en cuenta el resultado de la prueba, no era admisible considerar como precio real el que figuraba en la escritura pública de cuarenta mil pesetas, que debía reputarse figurado, en armonía con la «racionalidad en la equivalencia de las prestaciones» y con la doctrina del enriquecimiento injusto, que se ocasionaría de admitir el precio escriturado ostensiblemente desproporcionado con el real fijado por la prueba pericial en la suma de dos millones trescientas mil pesetas; estos datos, junto con la naturaleza y la situación de la finca rústica retraída llevaron a la Sala de instancia a admitir el

retracto mediante el reembolso de esa última cantidad como precio verdadero.

La doctrina establecida en esta STS de 12 de junio de 1984 se repite en otras, como las SSTs de 29 de octubre de 1985, 4 de julio de 1988, 20 de septiembre de 1988 y 11 de julio de 1996¹⁴.

Así, la STS de 29 octubre de 1985 la aplica para desestimar una demanda de retracto de colindantes, junto con el argumento –que por sí solo hubiera bastado al indicado fin, de ser cierto– de que la finca retraída no tenía la condición de rústica a los efectos del art. 1523.I CC. En lo que aquí interesa, la sentencia subraya que la jurisprudencia se opone a que el retracto «*occasione por ser [el precio escriturado] escandalosamente inferior al valor real de la finca retraída, un enriquecimiento que nada tiene que ver con la finalidad...*» del retracto de colindantes; y justifica su desestimación en el caso aduciendo, entre otros motivos, que lo contrario permitiría al retrayente hacerse con una finca valorada en diez millones de pesetas por un precio de novecientos mil¹⁵.

La STS de 20 de septiembre de 1988 confirmó el fallo de la Audiencia en el sentido de declarar la procedencia del retracto, pero sujetando su efectividad al pago por el retrayente de la cantidad en que se había valorado la vivienda por informe pericial (dos millones ochocientos ochenta y cinco mil pesetas), en lugar del precio escriturado (novecientas treinta y cinco mil pesetas), que es el que había acogido el Juez de Primera Instancia. El Supremo avala la decisión de la Audiencia, «que, para mejor proveer, ordena una valoración objetiva del inmueble ante la situación de evidente desproporción entre el precio escriturado y el que resulta de las restantes probanzas y consciente de que en estos casos en que, manifiestamente aparece disfrazado el valor real, ha de estarse a éste por razón de justicia, como repetidamente ha declarado esta Sala en sentencias que van desde la de 16 de mayo de 1956 a la de 12 de junio de 1984...».

¹⁴ También la toman en cuenta otras sentencias del Supremo, como las de 20 febrero de 1992 y 21 septiembre de 1993; pero éstas, a diferencia de las citadas en el texto, dieron lugar al retracto por el precio escriturado, sobre la base de que no había resultado probado el carácter ficticio del precio escriturado (único cuya cuantía se especifica en el fallo) ni que éste fuera escandalosamente desproporcionado e inferior al valor de lo vendido.

¹⁵ Esta STS 29 octubre 1995 es comentada por REBOLLEDO VARELA en *CCJC*, núm. 9, 1985, pp. 3027 ss. Este autor apunta la posibilidad de que el propósito de evitar que el retrayente se hiciera con la propiedad de la finca retraída por un precio muy inferior al valor real, pesara en el Supremo a la hora de calificar la finca y de considerar «como edificaciones “urbanas” lo que en puridad no lo eran» (*op. cit.*, p. 3035); también llama la atención sobre la circunstancia de que el Alto Tribunal tome en cuenta el valor real de la finca, sin mencionar «lo efectivamente pagado por el comprador, único elemento a tener en cuenta»; y termina aventurando que «probablemente la falta de esa prueba, estimando la finca como rústica, fue lo que en las dos instancias anteriores dio lugar a que se concediera el retracto por el precio que figuraba en la escritura» (*op. cit.*, p. 3036).

También la STS de 11 de julio de 1996 supedita el retracto al pago del valor real del bien, citando y reproduciendo lo sostenido en las referidas SSTs de 12 de junio de 1984 y 20 de septiembre de 1988.

Lo que estas sentencias acaban admitiendo, en realidad, es que el retrayente debe reembolsar el valor real (o valor de mercado) del bien retraído siempre que el precio escriturado sea «desproporcionado» o «escandalosamente inferior» a aquél. Aunque se hable de que hay que estar al precio real o verdadero, a lo que se está, en verdad, es al referido valor, determinado mediante prueba pericial; sin embargo, que el bien en cuestión valga objetivamente más que el precio consignado en la escritura no significa necesariamente que ese precio sea ficticio, pues las cosas valen lo que se paga por ellas; por lo tanto, entiendo que la prueba de lo primero no prueba también lo segundo. En los casos resueltos por las sentencias del Tribunal Supremo citadas se demostró que la finca retraída valía más que el precio pagado por ella según la escritura; pero, en realidad, no pudo probarse que el precio realmente satisfecho por el comprador fuera el correspondiente a ese valor. Con ello, se está introduciendo una novedad en la doctrina general del Tribunal Supremo, que supedita la prevalencia del precio real a su debida prueba; la novedad radica en que, *si no se puede probar el precio real, se considerará como tal el valor real del bien cuando el mismo sea desproporcionado o escandalosamente superior al precio escriturado*, o cuando exista una *flagrante desigualdad* entre ambos.

2.3 Dejando a un lado las dudas que en la práctica pueda plantear la concreción de ese último extremo¹⁶, es preciso *ponderar el peso de esta variante jurisprudencial*. De una parte, hay que destacar que las sentencias del Supremo que cita la de 12 junio de 1984 (mencionadas también por alguna de las otras sentencias analizadas), o se inscriben en lo que he venido denominando doctrina jurisprudencial general¹⁷, o van aún más lejos en la prevalencia del pre-

¹⁶ En los casos de las sentencias del Tribunal Supremo que siguen esta línea, el valor justo o real del bien era entre 57,5 –en el supuesto de mayor diferencia, el de la STS de 12 de junio de 1984– y 3,08 veces –en el de menos, el de la STS de 20 de septiembre de 1988– superior al escriturado (en el de la STS de 29 de octubre de 1985, era 11,11 veces más alto, y en el de la STS de 11 de julio de 1996, 48). Como se ve, se trata de una horquilla muy amplia. Además, si se tienen en cuenta aquellas otras sentencias, de las citadas hasta ahora, en las que acabó prevaleciendo el precio escriturado y constan las cantidades en juego, se aprecia que, mientras en algunos casos, el precio que se pretendía hacer valer como precio realmente pagado no llegaba a la cifra mínima de tres de la STS de 20 de septiembre de 1988 (1,27 en el caso de la STS de 20 de febrero de 1992; 2 en la STS de 27 de julio de 2006; 2,23 en la STS de 11 de mayo de 2007; y 2,24 en la STS de 16 de enero de 2008), en otros superó esa medida, llegando a ser 17 veces mayor, en el caso de la STS de 27 de octubre de 2006, y 5,55 veces menor, en el de la STS de 16 de noviembre de 1966. De todo ello resulta una notable falta de criterio en el punto que ahora se analiza.

¹⁷ Así, las SSTs de 7 de julio de 1948, 16 de mayo de 1956 y 11 de mayo de 1965 supeditaron el retracto al pago del precio real, en lugar del precio escriturado, pero porque

cio escriturado, que se mantiene pese a la constancia de un precio real superior, por haberse mantenido éste oculto al retrayente ¹⁸.

De otra parte, ya hemos dejado constancia de diversas sentencias del Tribunal Supremo que consideran irrelevante, a los efectos del retracto, cuál fuera el valor real o justo del bien retraído (SSTS de 29 de mayo de 1957, 16 de noviembre de 1966 y 16 de enero de 2008). Y también de otras que consideran no abusiva ni generadora de un enriquecimiento injusto la actuación de quien, en ejercicio de su derecho, retrae por el precio escriturado cuando éste es el único cierto (SSTS de 20 de febrero de 1992 y 25 de mayo de 2001, de un lado, y 6 de febrero de 1957, de otro); en el caso resuelto por esta última sentencia se daba incluso la circunstancia de que, conforme a la prueba pericial practicada, el valor de la finca retraída superaba el precio escriturado, no obstante lo cual el tribunal *a quo* no consideró acreditada la inexactitud del documento público en lo tocante al precio, extremo que el Supremo ratificó ¹⁹. Partiendo de la doctrina de estas resoluciones, mi opinión es que no puede argumentarse sobre la base de «la racionalidad en la equivalencia de las prestaciones» o de una incierta alusión a razones de justicia para imponer al retrayente el reembolso del valor del bien retraído, determinado pericialmente, cuando no se pueda probar debidamente la inexactitud del precio escriturado, por mucho que este sea muy inferior a dicho valor. Aparte de que la referencia a «la justicia del caso» parece muy próxima a un juicio de equidad, y bien sabido es que, conforme al art. 3.2 CC, las resoluciones judiciales sólo pueden descansar de forma exclusiva en la equidad cuando la ley lo permita expresamente ²⁰.

3. PROBLEMAS QUE SUSCITA LA PRUEBA DE LA EXISTENCIA DE UN PRECIO DISTINTO DEL ESCRITURADO

La cuestión analizada en el apartado precedente aparece estrechamente vinculada al tema de la prueba, particularmente a los

se consideró acreditado el verdadero precio y también, en las SSTS de 7 de julio de 1948 y 16 de mayo de 1956, que el retrayente lo conocía ya antes de ejercitar su derecho; estos fallos no se basan en que el precio escriturado fuera desproporcionado o escandalosamente inferior al valor real del bien (en el caso de la STS de 11 de mayo de 1965 se daba, además, la situación inversa: se había escriturado por encima del precio real); es más, de las tres sentencias, sólo la de 16 de mayo de 1956 alude al valor real, fijado pericialmente, pero parece que sólo a los efectos de concretar, dentro de lo que se consideró precio real en la venta de más de cien fincas, conocido además por el retrayente, la parte correspondiente a las ocho fincas objeto del pretendido retracto.

¹⁸ Así, la STS de 4 de diciembre de 1956, sobre la que habré de volver más adelante.

¹⁹ Lo mismo ocurría en el caso de la STS de 16 de noviembre de 1966; en ambos, el Alto Tribunal subraya que la prueba pericial es de apreciación libre por el juzgador de instancia.

²⁰ Así lo destaca la STS de 25 de mayo de 2001; en ella el Supremo descarta que la sentencia de instancia hubiera infringido el art. 3.2 CC por admitir que el precio a pagar por el retrayente era el fijado en la escritura, a falta de prueba de otro precio.

medios de prueba que se consideran admisibles y al rigor exigible en este ámbito, a los efectos de demostrar que el precio realmente pagado por el adquirente fue distinto del escriturado y cuál fue su cuantía. No es preciso destacar que el tema es de gran trascendencia en la aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, en la que la determinación del precio a pagar por el retrayente se hace depender básicamente de que se consiga o no aportar la referida prueba. Al menos en principio, porque, como se acaba de ver, el defecto de la misma no ha sido óbice, en ocasiones, para supeditar el retracto al reembolso de una cantidad distinta del precio escriturado, coincidente con el valor real del bien; las sentencias que así lo admiten (como las SSTs de 12 de junio de 1984, 29 de octubre de 1985, 20 de septiembre de 1988 y 11 de julio de 1996, analizadas en el apartado 2.2, *supra*) se sitúan en el *extremo de la laxitud en las exigencias probatorias*: de hecho, prescinden de la necesidad de prueba del precio efectivamente pagado y conducen al resultado de que, en defecto de la misma, el retrayente tiene que abonar el valor real del bien, determinado pericialmente, si el mismo es desproporcionado o escandalosamente superior al precio escriturado, o cuando exista una flagrante desigualdad entre ambos.

En rigor, para lo que sirve la prueba pericial en la que se basan las citadas resoluciones es para determinar el valor real o justo del bien retraído, no para demostrar lo que el comprador pagó realmente, que es la única cantidad relevante a los efectos del retracto, tal y como, por lo demás, ha reconocido el mismo Tribunal Supremo en otras sentencias que ya he tenido ocasión de citar²¹. Por eso, estimo más acertadas aquellas otras resoluciones en las que la prueba pericial del valor del bien no se considera bastante a los efectos de demostrar la falsedad del precio consignado en la escritura. Es

²¹ La prueba pericial también puede ser útil para concretar, en una compraventa de varios bienes por un precio global, cuál es el precio correspondiente a alguno o algunos de ellos –el que sea objeto del retracto– dentro del señalado en la escritura para todos (como en los casos de las SSTs de 25 de abril de 1963 y 21 de septiembre de 1993, que no consideraron probada la falsedad del precio escriturado) o dentro del que se haya podido determinar por otras pruebas como efectivamente pagado. Esto último es lo que parece que ocurrió en el caso resuelto por la STS de 16 de mayo de 1956; en ella el Supremo señala que el Tribunal de instancia –cuya sentencia confirmó– tuvo por cierto que el precio realmente satisfecho fue otro, muy superior al escriturado, y que el retrayente lo conocía antes de ejercitar su derecho; se menciona una prueba testifical, sin concretarse a qué fin sirvió, aunque parece probable que, al menos, sirviera al de acreditar ese conocimiento previo del retrayente; la alusión a la prueba pericial va referida únicamente a la concreción del valor real de las ocho fincas retraídas –de las más de cien que fueron objeto de la venta–. Más claramente, la STS de 25 de mayo de 1973, tras admitir la apreciación del tribunal *a quo* en el sentido de que, conforme a la prueba practicada, el precio realmente pagado era el que figuraba en el documento privado y no en la escritura de compraventa, destaca que, según la doctrina de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo, el retrayente ha de pagar al comprador la cantidad que realmente entregó por la cosa, «determinándose aquélla por peritajes de su valor, cuando para los bienes vendidos globalmente se haya fijado sólo un precio conjunto».

el caso, *v. gr.*, de la STS de 6 de febrero de 1957, conforme a la cual, dado que la prueba pericial es de apreciación libre del juzgador, «no le obligaba a éste a aceptar como valor real de la finca el asignado en el justiprecio, aparte de que la Sala forma su convicción... examinando las diversas pruebas practicadas, entre ellas la pericial dicha, para decidirse por aceptar la que ofrece la documental pública como más cierta y obligada que por otro lado en materia de precio en los retractos debe prevalecer, de ordinario, pues para aceptar uno superior al asignado en la escritura, es necesario una prueba fehaciente y prolija que evidencie la existencia de un precio real distinto al consignado, que en el caso que se contempla no se da». En la misma línea se expresa la STS de 16 de noviembre de 1966, destacando, además, cómo la prueba pericial puede llegar a determinar el justo valor de una cosa, mas no su precio de venta.

Estas sentencias se inscriben en una *línea de mayor exigencia a la hora de acreditar un precio cierto diferente del escriturado*, requiriendo una prueba fehaciente y prolija (como la STS de 6 de febrero de 1957, en los términos que acabamos de ver) o que no deje lugar a la menor duda (STS de 29 de mayo de 1957)²². También en esta línea cabría citar aquellas resoluciones que resaltan la mayor fuerza probatoria de la escritura, en el sentido de que «el órgano jurisdiccional tiene que inclinarse por mantener la mayor fuerza de convicción que debe atribuirse en su perjuicio a las declaraciones de una parte en documento público (art. 1218 del Código Civil)...» (así, las SSTs de 28 de junio de 1991 y 16 de enero de 2008)²³.

Especialmente significativa en este punto es la STS de 4 de diciembre de 1956, que va aún más lejos que las otras sentencias en el reconocimiento de la prevalencia del precio escriturado; en efecto, en el

²² Sobre esta base, esta sentencia destaca que no basta con argumentar que la finca retraída vale más.

²³ Partiendo de lo dicho, y con razón, la STS de 28 de junio de 1991 hace prevalecer lo consignado en la escritura frente a un llamado dictamen pericial aportado por el comprador demandado y expedido a instancias suyas y por su cuenta con carácter previo, «pese a ratificarse el mismo por el técnico que lo emitió en calidad de testigo, de un lado, por obediencia a la recomendación genérica que contiene el artículo 1248 del Código Civil cuidando de evitar, a menos que la veracidad del testimonio sea evidente, que quede desvirtuado un negocio jurídico en el que ordinariamente suelen intervenir escrituras»; de otro lado, el Supremo también valora el hecho de que dicho informe omitiera cualquier referencia a la hipoteca que gravaba el piso enajenado; y niega asimismo mayor consistencia probatoria a una certificación registral aportada, expresiva del precio de venta de un piso similar, porque de ella no se deducía que estuviera sujeto a ninguna carga real ni que se hallara arrendado, siendo estos datos sin duda relevantes al establecer el verdadero precio. La sentencia insiste en este punto en «la importancia que tiene la determinación clara del precio de la enajenación, sin dejarlo sumido en la incertidumbre de su mayor valor sobre el declarado, en atención a la repercusión que tal valor tiene para el legítimo ejercicio de los derechos que la Ley especial arrendaticia confiere al inquilino o locatario...».

En la otra sentencia del Supremo, la de 16 enero de 2008, el precio de la escritura se impone frente a lo que el fallo considera «meras conjeturas de parte» (se había invocado por el demandado el valor de tasación del inmueble retraído).

caso resuelto se llegó a averiguar, por prueba de testigos y deducciones de operaciones bancarias, cuál fue el precio verdadero de la compraventa; sin embargo, se admitió el retracto (no sólo la consignación) por el precio figurado en la escritura, que era menor; el Supremo justifica su decisión destacando que el pacto oculto entre vendedor y comprador sólo les obligaba a ellos, «no a tercero en el orden civil, para el que ha de regir el documento o acto que con vida en el orden legal da origen y compromete a derechos y obligaciones»; la sentencia admite que lo detallado en escritura puede ser desvirtuado por otros medios de prueba que acrediten la falsedad de su contenido, pero añade que «... en este complejo de datos obrantes sobre el precio a retraer ha de prevalecer por su especial significación y eficacia el consignado en la escritura de venta, cuando el subyacente permanezca reservado e ignorado para el retrayente»; lo que resulta de esta sentencia es que, para que prevalezca el precio real sobre el escriturado, no basta con probarlo sino que, además, debía ser conocido por el retrayente (antes de ejercitar su derecho, se entiende).

Por su parte, la STS de 20 de febrero de 1992 asume también la prevalencia de la escritura pública en un caso en el que, frente al precio consignado en ella, pretendía hacerse valer el que figuraba en un documento privado previo; el Supremo sostiene que, «evidentemente se trata de una sola venta..., pero con efectos para el retrayente sólo en cuanto consta en escritura pública, como documento este último probatorio de un contrato de fijación con efecto para terceros, cuya finalidad fue dar nueva constancia al negocio primordial y conferirle certeza y claridad..., máxime cuando *el documento privado de venta carece de efectos para el retrayente...*, a virtud de lo dispuesto en el art. 1227, en relación con el 1225, ambos del Código Civil»²⁴.

Naturalmente, el significado del documento privado previo y del precio señalado en él pasa a ser determinante cuando se demuestre que el retrayente tenía exacto conocimiento del mismo antes de retraer; ello justifica la prevalencia de ese precio, a fin de evitar que el titular del retracto se aproveche de las circunstancias; así lo ha

²⁴ Desde luego, de los referidos preceptos resulta claramente que el solo contrato privado de compraventa no puede servir para desvirtuar frente a terceros lo especificado en la escritura, siendo preciso recurrir a tal efecto a otros medios de prueba.

Vid. también la STS de 11 de mayo de 2007; en este caso, el Juez de Primera Instancia admitió el retracto por el precio escriturado porque el demandado no probó la veracidad del documento privado de compraventa que invocaba, y consideró correcta la consignación de la cantidad que aparecía en la escritura porque tampoco se acreditó que el retrayente hubiera conocido las condiciones de la venta antes de la inscripción registral; el Supremo –que no pudo entrar a juzgar cuál fue el precio real por motivos procesales– rechazó el recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia confirmando el fallo de primera instancia.

entendido el Tribunal Supremo, *v. gr.*, en su sentencia de 7 de julio de 1948²⁵.

En otras ocasiones, el Supremo simplemente respeta la conclusión del tribunal *a quo* acerca de la realidad del precio consignado en el documento privado, sea sin mayor concreción sobre la prueba practicada a tales efectos (como en la STS de 25 de mayo de 1973), o sea avalando las razones que le condujeron a ella (como en las SSTS de 30 de abril de 1991 y 24 de septiembre de 1997²⁶). Estas sentencias se inscriben ya en *otro grupo de resoluciones que parecen menos rigurosas en sus exigencias a la hora de admitir la prueba de la existencia de un precio distinto del consignado en la escritura*. Este planteamiento puede verse apuntado, por ejemplo, en la STS de 20 de mayo de 1981, cuando señala que «la prueba que resulta de los documentos públicos... no es necesariamente superior a las demás»²⁷; este punto de partida teórico difiere considerablemente del de algunas de las sentencias vistas algo más arriba²⁸.

²⁵ *Vid.* también la STS de 7 de abril de 1986, en cuyo caso el retrayente no sólo había tenido conocimiento previo de la venta privada y sus condiciones, sino que, incluso, intervino en aquella renunciando a su derecho de retracto a cambio de una cantidad de dinero.

En el caso de la STS de 11 de mayo de 2007, también las consideraciones del Juez de Primera Instancia (*vid.* nota precedente) iban en la línea aquí señalada.

²⁶ En la primera, el Tribunal Supremo niega que el fallo de instancia hubiera infringido el art. 1230 CC, aduciendo que la Sala “a quo” había llegado a conocimiento del precio real a través de la valoración de la prueba practicada, entre la que figuraba la pericial y el referido documento privado, sin que esa conclusión hubiera sido desvirtuada por los recurrentes; por su parte, en la sentencia de 24 de septiembre de 1997, el Tribunal Supremo subraya el acierto de la Audiencia, al tener en cuenta las ventajas urbanísticas de la finca retraída, así como el entorno de la zona en que se hallaba ubicada, para mantener la convicción de la realidad del precio pactado en el documento privado. La crítica que puede hacerse a estas resoluciones es que los datos que refiere la última sentencia o la prueba pericial que contempla la primera sólo podrían demostrar que el valor real de la finca superaba el precio escriturado y coincidía con el fijado en el documento privado, no que el comprador hubiera pagado efectivamente este último.

²⁷ La sentencia continúa diciendo que «el Tribunal “a quo” puede apreciar la falta de veracidad de las manifestaciones que constituyen el contenido de un documento público fundándose en el conjunto de las pruebas, sin que el art. 1218... impida acreditar a través de otros elementos probatorios la realidad y existencia de otros pactos diferentes de los que el documento contenga». A este respecto cabría decir que, desde luego, el Supremo nunca ha negado que quepa probar la falsedad de lo consignado en una escritura; antes al contrario, lo ha admitido de forma expresa en muchas sentencias, y no sólo en las que consideran acreditado que el precio realmente pagado fue otro (*v. gr.*, SSTS de 16 de mayo de 1956, 20 de septiembre de 1988 y 11 de julio de 1996), sino también en aquellas que acaban dando lugar al retracto por el precio escriturado (SSTS de 4 de diciembre de 1956 y 29 de mayo de 1957, entre otras); implícitamente la misma idea se asume en todas las sentencias que, en tema de retracto, siguen la doctrina jurisprudencial general de prevalencia del precio real siempre que quede debidamente probado. Esto pone de manifiesto que la cuestión no es si cabe o no desvirtuar lo consignado en escritura pública por otros medios de prueba (es evidente que sí), sino, más bien, qué pruebas sirven a tal fin o, en lo que aquí importa, qué es necesario para demostrar la falsedad del precio escriturado y, además, qué es preciso para imponer al retrayente el pago del precio real probado (a esta última cuestión, de fundamental importancia, me referiré más adelante).

²⁸ Cuestión distinta es que la solución alcanzada en el caso concreto de la STS de 20 de mayo de 1981 (desestimándose la demanda de retracto porque el retrayente consignó sólo el precio escriturado) pueda considerarse correcto, habida cuenta que por prueba tes-

El hecho de que, precisamente en los casos en que admite la realidad de un precio distinto del escriturado, el Supremo se limite con cierta frecuencia a aceptar la conclusión del tribunal “a quo” en ese sentido, sin hacer ninguna referencia a los concretos medios de prueba que sirvieron para alcanzarla (así, por ejemplo, en las SSTS de 19 de junio de 1986, 30 de marzo de 1995 y 28 de junio de 1996, aparte de la ya citada STS de 25 de mayo de 1973), no ayuda precisamente a aportar claridad en esta cuestión ²⁹.

4. CONSECUENCIAS DE LA ACREDITACIÓN DE LA DIVERGENCIA ENTRE PRECIO REAL Y PRECIO ESCRITURADO

Ya hemos anticipado que la doctrina general del Tribunal Supremo es que prevalece el precio realmente satisfecho siempre que el mismo quede debidamente probado; ahora trataré de sistematizar las resoluciones sobre el tema por grupos de supuestos (partiendo siempre de que en ellos se estimó probada la falsedad de lo consignado en la escritura, salvo indicación en contra), lo que dará pie a presentar aquellas que se apartan o cuestionan esa doctrina general. Así, cabría distinguir, para empezar, según que el precio realmente pagado –y probado– sea inferior o sea superior al consignado en la escritura.

4.1 El precio real es inferior al escriturado

En este caso, en el que las partes en la compraventa pretenden hacer más gravoso el retracto y disuadir al retrayente de su ejercicio, no cabe la menor duda de que debe prevalecer el precio realmente satisfecho sin más requisitos que el de su determinación; descubierta la verdad, se está a ella, en contra de quienes intentaron defraudar al titular del derecho a retraer. Tal es el sentido de las SSTS de 11 de mayo de 1965 y 19 de junio de 1986. La conclusión es la misma cuando el precio notificado al titular del retracto, a efectos de que éste conozca las circunstancias de la venta, resulta ser superior al verdadero (STS de 28 de junio de 2003).

tifical había quedado demostrado que al retrayente se le había informado, antes de retraer, del precio real (que coincidía, además, con el que la propietaria le había comunicado al ofrecerle a él en primer lugar la venta de la finca que le tenía arrendada).

²⁹ En efecto, independientemente de que en materia de prueba prevalezca el criterio de instancia y de que en la determinación de la cuantía del precio, como cuestión de hecho que es, haya que respetar la valoración del tribunal *a quo*, salvo que se impugne eficaz o válidamente (tal y como destacan, entre otras muchas, las SSTS de 16 de noviembre de 1966, 20 de septiembre de 1988, 20 de febrero de 1992, 27 de octubre de 2006, 11 de mayo de 2007 y 16 de enero de 2008), no estaría de más conocer los medios de prueba utilizados en la instancia.

4.2 El precio real es superior al escriturado

Cuando proceden de esta manera, las partes en el contrato de compraventa pretenden defraudar a Hacienda, reduciendo los costes fiscales que gravan el negocio celebrado, y también rebajar otros gastos asociados a la operación (particularmente, al otorgamiento de la escritura pública y a la inscripción registral). Por tanto, hay una actuación ilícita de su parte. Si nos preguntamos si las consecuencias de la misma varían, en la doctrina dominante del Supremo, atendiendo a si el retrayente conocía o no el verdadero precio, la respuesta dominante es negativa (aunque, como se verá, algunas sentencias van en otra línea). Procede así pasar a la siguiente distinción.

4.2.1 CASOS EN QUE EL RETRAYENTE CONOCÍA EL VERDADERO PRECIO ANTES DE EJERCITAR SU DERECHO

La jurisprudencia es uniforme en el sentido de que *únicamente cabe retraer por el precio real*, que es, además, el que debe haberse consignado al interponer la demanda; en este sentido cabe citar, *v. gr.*, las SSTs de 7 de julio de 1948, 16 de mayo de 1956, 4 de diciembre de 1956, 10 de mayo de 1958, 20 de mayo de 1981, 14 de marzo de 1985 y 7 de abril de 1986. Si se impusiera el retracto por el precio escriturado, se estaría permitiendo al retrayente aprovecharse de mala fe de una situación que él conocía perfectamente, en perjuicio del adquirente retraído. En este sentido, la STS de 4 de diciembre de 1956 destaca que «sería contrario a toda ética y régimen obligatorio que a sabiendas de la irrealidad del precio se aprovechara del figurado para obtener un lucro o beneficio ilegítimo, lo que supone mala fe...»³⁰; también la STS de 10 de mayo de 1958 considera «evidente la mala fe y temeridad» del retrayente en estas hipótesis, mientras que las SSTs de 16 de mayo de 1956 y 14 de marzo de 1985 ponen el acento en la persecución por su parte de un enriquecimiento injusto o de un lucro reprobable. Desde luego, esta solución parece la correcta.

En cuanto a *la prueba del conocimiento del precio real por el retrayente*, alguna sentencia se limita a apuntar que el mismo conocía el contrato de compraventa previo al otorgamiento de la escritura y en el que se había fijado el verdadero precio (como la STS de 7 de julio de 1948); en otras ocasiones había documentos en ese sentido, que no dejaban lugar a dudas: así, un acta notarial en el que el

³⁰ En el caso resuelto por esta sentencia, sin embargo, no se acreditó que hubiera existido ese conocimiento previo del verdadero precio.

retrayente había manifestado saber lo que pagaron los compradores (STS de 10 de mayo de 1958), o el propio documento privado de venta en el que había intervenido también el titular del retracto para expresar su renuncia a tal derecho a cambio de cierta cantidad (STS de 7 abril de 1986); otras sentencias aluden a una prueba testifical (STS de 20 de mayo de 1981); y alguna otra toma en consideración el hecho de que al retrayente se le había dado a conocer el verdadero precio en un acto de conciliación previo a la formulación de la demanda de retracto, aparte de habersele ofrecido con anterioridad a él la compra por el mismo precio (STS de 14 marzo de 1985).

4.2.2 CASOS EN QUE EL RETRAYENTE ÚNICAMENTE CONOCÍA EL PRECIO ESCRITURADO AL EJERCITAR SU DERECHO

Es en esta concreta hipótesis en la que, frente a una línea jurisprudencial dominante, encontramos algún pronunciamiento aislado que la cuestiona o que se separa de ella.

a) *Tesis dominante*

La línea dominante defiende la aplicación de la doctrina general y, por tanto, que el retrayente debe reembolsar al adquirente del bien retraído su verdadero y demostrado precio (o, en algunas sentencias, su valor real), aunque aquel lo desconociera al tiempo de retraer. Esta es la conclusión extraíble de muchas sentencias, que omiten cualquier referencia a un eventual conocimiento de la situación real por parte del retrayente y en cuyos casos parece que hay que partir, por tanto, de que el retrayente únicamente tenía constancia del precio escriturado en el momento de hacer valer su derecho³¹; es el caso, *v. gr.*, de las SSTs de 25 de mayo de 1973, 12 de junio de 1984, 29 de octubre de 1985, 20 de septiembre de 1988, 30 de marzo de 1995, 28 de junio de 1996 y 11 de julio de 1996. Otras sentencias, enfrentadas a la cuestión de si se había consignado la cantidad debida a los efectos del retracto, apuntan expresamente el dato de que el único precio conocido por el retrayente en ese momento era el figurado en la escritura; es el caso de las SSTs de 30 de abril de 1991, 24 de septiembre de 1997 y 6 de octubre de 2005³²; independientemente

³¹ La deducción se apoya en que, en los casos en que se consideró acreditado que el retrayente conocía el verdadero precio (como los vistos en el apartado anterior), el Tribunal Supremo se cuida mucho de destacarlo al justificar su prevalencia en el ejercicio del retracto.

³² En realidad, en los casos resueltos por las SSTs de 30 de abril de 1991 y 24 de septiembre de 1997 había datos que apuntaban en la dirección de que el retrayente podía, cuando menos, sospechar que el precio escriturado —y consignado por él— era inferior al real (en el primero, por haber estado encargado de la venta de la finca en cuestión por parte

de que, entonces, la consignación de ese precio se considere bien hecha, como único conocido con certeza al tiempo de retraer³³, en estas tres sentencias la doctrina central en cuanto al precio a pagar por el retrayente es la misma que en las anteriores: *Todas ellas superditan el retracto* (sea arrendaticio, de colindantes o de comuneros, que son los casos contemplados) *al pago del precio real*.

En cuanto a los argumentos invocados a favor de esta solución, lo más frecuente es traer a colación razones de justicia, habitualmente vinculadas a la finalidad de evitar un lucro reprobable o un enriquecimiento del retrayente a costa de quien adquirió el bien retraído³⁴; a ello se añade en ocasiones la referencia al «alcance

de sus dueños, aunque la gestión hubiera resultado finalmente infructuosa y fueran los propietarios los que encontraron un comprador que pagó un precio mucho más alto que el escriturado; y, en el segundo, por habersele ofrecido antes a él la adquisición de la finca por el mismo precio por el que finalmente fue vendida a otra persona). Pero el Tribunal Supremo no hace alusión alguna a ese posible conocimiento al justificar que el precio a pagar para retraer era el realmente satisfecho; es más, como decía, parte de que el precio que conocía el retrayente al consignar era el escriturado.

³³ En ello coinciden las tres sentencias del Tribunal Supremo citadas; pero mientras que la STS de 30 de abril de 1991 sostiene la necesidad de afianzar (u ofrecer afianzar) el pago de la diferencia entre el precio consignado y el real en cuanto el retrayente conozca éste, y aunque sea en el curso del proceso (si bien, al rechazar el recurso, insiste en que la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida para desestimar la acción de retracto no fue el incumplimiento de ese afianzamiento, sino la persistente pretensión de los retrayentes de adquirir la finca por el precio escriturado y no por el verdaderamente satisfecho por el comprador), las otras dos no aluden a ese afianzamiento e insisten en que no hay por qué aumentar la cantidad consignada mientras se sustancia el proceso; así, la STS de 24 de septiembre de 1997 sostiene que «la consignación procede del precio declarado, y queda pendiente el pago del verdadero de lo que la sentencia firme establezca sobre el particular»; y la STS de 6 de octubre de 2005 niega que el retrayente esté obligado a consignar la diferencia una vez conocido el resultado de la prueba relativa al precio y que esta revele el pago de un precio superior al escriturado (a favor de este planteamiento, *vid.* BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, Pamplona 1995, p. 157).

Finalmente, en el mismo sentido que estas tres sentencias –esto es, admitiendo que el precio a consignar es el escriturado cuando sea ese el conocido por el retrayente– cabe citar, además, las SSTS de 4 de diciembre de 1956 y 28 de junio de 1991. La STS de 4 de diciembre de 1956 razona a este respecto que, «de operar el precio clandestino se prestaría fácilmente a fraude legal con defraudación del derecho del retrayente, porque ejercitada la acción conforme a precio ostensible en documento público expresivo del negocio de compraventa en el que ha de sustituirse a una de las partes con respecto de todos los pactos y condiciones, quedaría burlado, y por ende, equivale la Ley con la alegación de que el precio consignado no responde al real y efectivo con la consecuencia del decaimiento del Derecho, toda vez que ha transcurrido el plazo dentro del que forzosamente ha de formular la petición, y como ello es absurdo se ha de desechar...». Por su parte, la STS de 28 de junio de 1991 rechaza que sea el demandante quien deba probar «lo justo del precio por él consignado, en atención a que, en este punto,... es el precio conocido y manifestado, por actos que obligan a la contraparte, en documento solemne, como es la escritura pública, a cuyo tenor válidamente, se efectúa la consignación; la interpretación contraria, supone una indebida inversión del *onus probandi*, que no puede aceptarse»; por lo demás, en este caso ni siquiera se consideró probado un precio distinto del escriturado.

³⁴ Así, como pudimos ver unas páginas atrás, la STS de 12 de junio de 1984 señala que «cuando el [precio] que aparece en la escritura es desproporcionado o escandalosamente inferior al “valor” de la finca vendida, hay que estar por razón de justicia al “precio real”» y aceptar «la tesis de la justicia del caso»; esta doctrina se repite en las SSTS de 20 septiembre de 1988 y de 11 de julio de 1996; ya en la STS de 30 de abril de 1991 (seguida también por las SSTS de 30 de marzo de 1995 y de 11 de julio de 1996) se destaca que «por razones

relativo de la fe pública notarial [respecto del precio consignado en la escritura]... sólo vinculante en cuanto a la fecha y al hecho del otorgamiento»³⁵.

b) *Manifestaciones discrepantes*

En alguna ocasión, muy excepcionalmente, el Tribunal Supremo se ha desmarcado de la línea dominante expuesta, sea para pronunciarse abiertamente en un sentido diferente, como ocurre con la sentencia de 4 de diciembre de 1956, sea para cuestionarla, como hace la sentencia 28 de junio de 1991; a ambas he tenido ocasión de referirme ya en otros puntos de este trabajo.

La STS de 4 de diciembre de 1956 se desmarca de la doctrina prevalente expuesta porque claramente hace depender el precio a pagar para retraer de si el retrayente conocía o no el precio encubierto, para concluir que *ha de prevalecer el escriturado cuando el real –pese a quedar acreditado– sea ignorado por quien retrae*; y ello, entiendo, no se refiere únicamente a la cantidad a consignar, sino también a la que se debe reembolsar al adquirente del bien retraído. En el caso resuelto, el demandante en retracto había consignado el precio que figuraba en la escritura, a lo que el demandado opuso que el precio real de venta era otro superior. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y dio lugar al retracto considerando suficiente la consignación hecha, pero la Audiencia revocó la sentencia y declaró no haber lugar al retracto por considerar que el precio real –determinado por prueba testifical y deducciones de operaciones bancarias– era el que había de operar a estos efectos. El Tribunal Supremo estimó entonces el recurso de la parte actora y confirmó la sentencia de primera instancia, de modo que se acabó admitiendo el retracto por el precio escriturado, a pesar de que, mediante las mencionadas pruebas, pudo averiguarse que las partes en la compraventa habían pactado un precio superior; el Supremo entiende que como ese pacto se mantuvo oculto entre vendedor y comprador, no podía afectar a un tercero como el retrayente; insisto en que la conclusión que de ello se deriva no se circunscribe al ámbito de la consignación; no se dice que la consignación del precio escriturado fue correcta por ser aquel el único conocido por el retrayente al ejercitar su derecho, sin perjuicio de

de elemental justicia y en evitación de un lucro reprobable» es esencial conocer el precio real, que es el que ha de pagar el retrayente; finalmente, la STS de 20 de octubre de 1985 subraya cómo la jurisprudencia se opone a que el retracto ocasione un enriquecimiento que nada tiene que ver con su finalidad, por ser el precio escriturado escandalosamente inferior al valor real de la finca.

³⁵ STS de 12 de junio de 1984.

que el retracto quede efectivamente supeditado al pago del precio real (como sostienen las sentencias expuestas en el apartado precedente); en ésta, por contra, se asume la prevalencia del precio escriturado, como único conocido por el retrayente, tanto a los efectos de la consignación como a los del retracto mismo, y por ello la demanda fue estimada en sus propios términos.

Por su trascendencia, interesa que veamos la argumentación del Supremo con algún detalle. En primer lugar, del hecho de que el art. 1618 LEC (entonces vigente, hoy art. 266.3.º LEC de 7 de enero de 2000) exija consignar el precio conocido para dar curso a la demanda de retracto, deduce que «el conocimiento del precio por el retrayente juega función principal en el ejercicio de este derecho, pues sería contrario a toda ética y régimen obligacional que a sabiendas de la irrealidad del precio se aprovechara del figurado para obtener un lucro o beneficio ilegítimo, lo que supone mala fe...»; ahora bien, continúa la sentencia, «para que así suceda, se precisa que exista constancia reveladora de que el retrayente conocía el efectivo y que la sentencia que lo reconozca haga declaración expresa en tal sentido», tal como hizo la STS de 7 de julio de 1948. Esto no era así en el supuesto de autos, dice el Supremo, pues en él «no se hace declaración expresa de que el retrayente supiera el precio encubierto, sino que se llega a su descubrimiento y apreciación a través de la prueba de testigos y de deducciones de operaciones bancarias, lo que pone de manifiesto que el pacto fue secreto y privado entre las partes, sin exteriorización,... que como *pacto oculto entre vendedor y comprador sólo a ellos obliga, pero no a tercero en el orden civil, para el que ha de regir el documento o acto que con vida en el orden legal da origen y compromete a derechos y obligaciones*». El siguiente considerando, más centrado en la cantidad a consignar, destaca cómo «*de operar el precio clandestino se prestaría fácilmente a fraude legal con defraudación del derecho del retrayente, porque ejercitada la acción conforme a precio ostensible en documento público expresivo del negocio de compra-venta en el que ha de sustituirse a una de las partes con respecto de todos los pactos y condiciones, quedaría burlado, y por ende, equivale la Ley con la alegación de que el precio consignado no responde al real y efectivo con la consecuencia del decaimiento del Derecho, toda vez que ha transcurrido el plazo dentro del que forzosamente ha de formular la petición, y como ello es absurdo se ha de desechar, sin que quiera decir... que lo consignado en escritura pública, sea invulnerable ni imposible de desvirtuar por otros medios o elementos de prueba que acrediten la falsedad de su contenido, sino que en este complejo de datos*

obrantes sobre el precio a retraer ha de prevalecer por su especial significación y eficacia el consignado en la escritura de venta, cuando el subyacente permanezca reservado e ignorado para el retrayente y con mucha más razón en este caso por su especial trascendencia a efectos legales, del acto de notificación ordenado a fines del retracto, razones éstas para estimar el recurso reforzadas por la imposibilidad material de cumplir condiciones ignoradas». Como ya he dicho, todas estas consideraciones condujeron al Alto Tribunal a estimar la demanda de retracto por el precio real.

Por su parte, *la STS de 28 de junio de 1991 cuestiona la doctrina jurisprudencial que da relevancia jurídica a la discordancia entre el precio real y el precio declarado*, con efectos decisorios sobre el ejercicio del derecho de retracto, y aquellas sentencias (menciona en particular la STS de 20 de septiembre de 1988, que a su vez cita las de 16 de mayo de 1956 y 12 de junio de 1984) conforme a las cuales debe estarse al valor real, por razones de justicia, cuando manifiestamente aparece disfrazado el precio. Dice el Supremo: «aunque cabe plantearse la conveniencia de confirmar esta línea jurisprudencial, en supuestos donde conste o se presuma que la causa de la discordancia se apoya en motivos ilícitos, para no perder sintonía con una sociedad cada vez más comprometida en el cumplimiento de las obligaciones fiscales de cada uno de sus miembros, urgida, sin duda, por una legislación más severa, y por una actuación administrativa más activa en este campo, incluso reforzada en determinados casos, por la acción de la justicia penal, ni siquiera en el presente asunto es necesario acudir formalmente a explicitar un cambio de orientación jurisprudencial, según la realidad social del tiempo en que se aplican las normas, conforme al artículo 3.º del Código Civil, por la sencilla razón de la inaplicabilidad al presente asunto de tal jurisprudencia...». Es decir, que, para el Supremo, en el caso ni siquiera se daban los presupuestos para aplicar esa jurisprudencia y tomar en cuenta otro precio que el escriturado; la razón es que se entendió que no había quedado suficientemente probado el mayor precio invocado por la parte demandada³⁶. Ello no obstante, el Alto Tribunal no puede evitar cuestionar la conveniencia de mantener la jurisprudencia citada y apuntar la posibilidad de justificar un cambio de orientación con base en el art. 3 CC, en aquellos supuestos en que la falsedad del precio escriturado responda a un motivo ilícito, como lo es la elusión de las obligaciones fiscales. Aunque no se explicita en la sentencia, el cambio, lógicamente, debería traducirse en negar relevancia jurídica a la discordancia entre precio real y precio declarado, para que sólo este fuera tomado en cuenta en el ejercicio del retracto (al mar-

³⁶ Sobre la prueba practicada en este caso me remito a lo expuesto en la nota 23.

gen de los casos en que el retrayente conociera el precio real, que la sentencia no contempla específicamente).

Conviene mencionar en este punto la STS de 25 de abril de 1963, porque también reprueba, en un caso de retracto, el comportamiento de quienes recurren a la simulación y pretenden hacerla valer frente a terceros. El Tribunal Supremo casó la sentencia de instancia –según la cual el precio del piso retraído debía ser fijado en período de ejecución de sentencia– y declaró que el precio a tomar en cuenta era el escriturado dado que no se había probado la existencia de otro; en este punto señala que la parte recurrida, que al conocer el ejercicio de la acción había hecho saber al retrayente que «el vendedor le había manifestado su firme propósito de instar judicialmente la inexistencia de la escritura de compraventa por falta de precio», no sólo no había promovido tal declaración, sino que tampoco había expresado que fuera otro el precio real; por esta razón, dice el Supremo, había que admitir el precio de la escritura, que no podía ser sustituido por otro fijado en ejecución de sentencia..., «por cuanto de existir alguna simulación, no sería lícito, como se dice en las sentencias de 6 de febrero de 1957 y 11 de junio de 1958, lucrarse de su propia culpa, de su engaño y fraude a terceros, consumado en lo que respecta a los perceptores de honorarios arancelarios y a la Hacienda, acreedora de los impuestos que gravan los documentos públicos y los actos de transmisión de bienes inmuebles, y menos beneficiarse en perjuicio de quien, cual el arrendatario sin culpa alguna, no ha utilizado más elementos para su defensa que los que el comprador le permitió conocer al pretender la resolución del contrato».

Sea como fuere, como se ha visto en páginas anteriores, el cambio insinuado por la STS de 28 de junio de 1991 (y cuya razón de ser se plasma también en la STS de 25 de abril de 1963) no se ha materializado en nuestra jurisprudencia. Con todo, hay que tener en cuenta que las sentencias que se muestran más exigentes a la hora de considerar debidamente probada la existencia de un precio diferente del escriturado y/o que llegan a la conclusión de que el mismo no se ha acreditado, alcanzan por esa vía el mismo resultado propugnado por la citada sentencia: eso es, admiten el retracto por el precio declarado en la escritura. En ellas este precio prevalece porque no se considera probado que el realmente pagado fuera superior (así, *v. gr.*, en las SSTS de 6 de febrero de 1957, 29 de mayo de 1957, 20 de febrero de 1992, 21 de septiembre de 1993, 25 de mayo de 2001, 27 de julio de 2006, 11 de mayo de 2007 y 16 de enero de 2008). Pero aún cabría preguntarse cuál hubiera sido el fallo en esas sentencias en principio menos proclives a la hora de admitir la prevalencia de un precio distinto del escriturado, si se

hubiera probado sin margen de duda su existencia; en concreto, ¿se habría aplicado estrictamente la doctrina jurisprudencial general e impuesto el precio verdaderamente pagado en todo caso, desoyendo las consideraciones de la STS de 28 de junio de 1991 y sin valorar que la discordancia se apoyaba en motivos ilícitos?, ¿o no se habría hecho prevalecer el precio real en el supuesto de que hubiera permanecido oculto e ignorado para el retrayente, como sostuvo la STS de 4 de diciembre de 1956?

III. CONSIDERACIONES CRÍTICAS Y VALORACIÓN PERSONAL FINAL

1. En el tema objeto de estudio existen algunas reglas que parecen fuera de discusión, que el Tribunal Supremo admite, y que cabría sintetizar como sigue.

Considerando en primer lugar la hipótesis en que *en la escritura de venta se hace constar un precio superior al verdadero* para disuadir al titular del derecho de retracto de su ejercicio, hay que admitir que éste podrá retraer por el precio real desde el momento en que el mismo sea descubierto y probado³⁷. La razón parece clara: si las partes en la compraventa recurren a la simulación de un precio superior es para perjudicar a quien tiene derecho a retraer, por lo que, puesta al descubierto la simulación, debe prevalecer la realidad de las cosas y el precio verdaderamente pactado para evitar ese perjuicio. Aquí, el tercero no confía en la apariencia creada por el documento público; al contrario, no cree que el precio que en él consta sea el real, siendo este motivo el que desencadena el conflicto.

Cuando *en la escritura de venta se hace constar un precio inferior al verdadero* el problema se plantea en otros términos, pues la simulación parcial del precio no se hace en este caso pensando en el retrayente, sino en el Fisco y en los demás gastos vinculados a la compraventa. En este supuesto no parecen discutibles, al menos, las siguientes conclusiones:

a) De un lado, que *si el retrayente conoce al momento de retraer cuál es el verdadero precio, es éste el que deberá consignar, y también el que tendrá que reembolsar para adquirir el bien retraído*. También aquí la razón es clara: si el tercero conoce la

³⁷ Así, por ejemplo, CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, reimpresión, Madrid 1991, p. 341.

divergencia entre el precio declarado y el real, no hay legítima confianza que tutelar ni, por tanto, razón para protegerle. Otra cosa supondría, como ha destacado el Tribunal Supremo, amparar una conducta de mala fe y la obtención de un enriquecimiento reprochable.

b) De otro lado, *si al momento de retraer el único precio conocido por el retrayente es el escriturado*, es evidente que *ése es el que deberá consignar*³⁸, y que esa consignación debe considerarse bien hecha a los efectos del art. 266.3.º LEC, aunque después, a lo largo del procedimiento, se ponga de manifiesto la falsedad de ese precio (cuestión distinta es la de si es preciso o no afianzar la diferencia si en el curso del proceso se averigua el verdadero precio). El citado precepto deja bien claro que la consignación debe serlo del precio conocido y no puede perjudicar al retrayente de buena fe el hecho de que exista otro precio distinto del figurado en el documento público; menos aún, si se tiene en cuenta el brevísimo plazo vigente para el ejercicio de algunos retractos.

2. Ahora bien, a partir de aquí llegamos ya a aquellas cuestiones que parecen más discutibles, y que se centran en *cuál es el precio que debe reembolsar el retrayente que únicamente conoce el precio escriturado en estas dos situaciones*: 1.ª) Cuando no se pueda probar cuál fue el precio verdaderamente pagado, pero sí que el valor real del bien retraído era muy superior al precio consignado en la escritura, y 2.ª) cuando se acredite debidamente que el precio real fue mayor que el escriturado.

Ya hemos visto que respecto de ambas –sobre todo la primera– hay discrepancias en nuestra jurisprudencia.

1.ª Mi opinión, en lo que atañe a la primera situación, es –como ya avancé– que *cuál sea el valor real y, por tanto, el precio supuestamente «justo» del bien en cuestión, es absolutamente irrelevante a los efectos del retracto*, de manera que por grande que sea la desproporción entre el mismo y *el precio consignado en la escritura*, *éste es el único a tener en cuenta*³⁹. De un lado, por la total intrascendencia de la noción de justicia a los efectos de la determinación del precio en la compraventa, contrato en el que los bienes «valen» lo que se paga por ellos, sea más o sea menos de su valor

³⁸ Así también COCA PAYERAS, «Comentario a la STS de 28 de junio de 1991», CCJC, núm. 27, 1991, p. 820; observa este autor que ello no es sino consecuencia del principio constitucional de tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE.

³⁹ Vid. también en este sentido, v. gr., BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros...*, cit., pp. 230 y 231, y REBOLLEDO VARELA, «Comentario a la STS de 29 de octubre de 1985», cit., p. 3036.

real; y, de otro lado, porque los preceptos aplicables en este punto no aluden al valor, sino al precio de la venta (art. 1518 CC) o de la cosa (art. 266.3.º LEC); además, hacer prevalecer el valor real cuando medie una desproporción escandalosa entre el mismo y el precio escriturado (como preconizan algunas sentencias del Tribunal Supremo), podría prestarse a abusos por parte del adquirente retraído que, habiendo pagado en realidad menos de lo que el bien valía objetivamente por la razón que fuera, podría hacer valer aquella línea jurisprudencial para hacerse reembolsar por el retrayente más de lo que él mismo pagó⁴⁰.

2.^a En los supuestos en que aparece perfectamente acreditado que el precio real fue mayor que el escriturado, la tesis jurisprudencial dominante es dar prevalencia al verdadero precio, aunque el mismo fuera ignorado por el retrayente⁴¹. El intento de cuestionar esta doctrina por parte de la STS de 28 de junio de 1991 ha sido criticado por diversos autores, que consideran que el retracto se desvirtúa al instrumentalizarse para finalidades ajenas a las que le son propias, cual es la de servir «como una sanción fiscal entre particulares que el retrayente puede imponer, en su exclusivo beneficio, a los adquirentes, por haber éstos pretendido eludir parcialmente la carga fiscal correspondiente, sin que el Fisco obtenga beneficio alguno por ello. Por razones fiscales, se estaría dando pábulo a... [un] enriquecimiento torticero»⁴².

Sin embargo, en el tratamiento de este tema suele obviarse la consideración de un dato que, a mi modo de ver, debería jugar un papel determinante: se trata de la ignorancia del verdadero precio por parte del retrayente. Ya hemos visto que, cuando lo conoce, sí es habitual que se destaque esa circunstancia para poner de relieve la mala fe de quien pretende retraer por un precio, el escriturado, que

⁴⁰ El caso sería el siguiente: X compró una finca que valía 7 por un precio de 5 (por ejemplo, porque por amistad con el vendedor consiguió un buen precio, porque al vendedor le urgía vender, o por otra razón); en la escritura de compraventa se hizo constar un precio de 1, por el que Z pretende retraer; X entonces opone que pagó 7 por la finca, lo que se ajusta a su verdadero valor, cuidándose de que no se pueda probar cuál fue el precio verdaderamente pagado, para que sea de aplicación la doctrina jurisprudencial expuesta.

En comparación con los argumentos expuestos contra dicha doctrina, revisten menor importancia, aunque también deben tomarse en cuenta, las dificultades prácticas que suscita la concreción de lo que sea una «flagrante desigualdad» o «escandalosa desproporción» entre valor real y precio escriturado, y las contradicciones que en este aspecto vimos que existen entre diversas sentencias del Tribunal Supremo.

⁴¹ Tesis que suscriben, entre otros y aparte de los que se citan en la siguiente nota, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid 2001, p. 515; ninguno de estos autores supedita la prevalencia del precio real a su conocimiento por parte del retrayente, sino únicamente a su prueba.

⁴² Son palabras de COCA PAYERAS, en su ya citado comentario a la STS de 28 de junio de 1991, p. 818. En sentido muy similar se han manifestado, por ejemplo, BELLO JANEIRO, *El retracto de comuneros...*, cit., p. 235, y CARRASCO PERERA, «Alquileres e hipotecas», *DPC*, núm. 1, 1993, p. 282.

sabe no es el real. Pero, cuando no es así, el dato sólo se menciona en relación con la determinación de la cantidad a consignar, ignorándose después al señalarse el precio que se ha de reembolsar al adquirente para retraer; ese precio, se dice, es el realmente pagado, por justicia y para evitar un lucro reprobable. Pues bien, yo creo que la ignorancia de ese precio por el retrayente y el hecho de que el único precio que este conoce cuando ejercita su derecho sea el escriturado, podría justificar otra conclusión que la mayoritariamente defendida. *En el contrato de compraventa se produce una simulación parcial del precio, y frente a terceros de buena fe –como lo es el retrayente en esta hipótesis– no debería prevalecer lo oculto –el precio real–, sino lo publicado –el consignado en la escritura–.* El retrayente confía de buena fe en la exactitud del único precio que conoce, el escriturado, y parece que esa confianza merece protección. Contemplada la situación del lado de comprador y vendedor, cabría traer a colación el principio de autorresponsabilidad: si han creado una apariencia engañosa con su conducta, deberían responder de las consecuencias de la misma, en este caso, quedando vinculados por su declaración (la del precio en la escritura) frente al retrayente de buena fe; nadie puede alegar la propia torpeza. El mismo que a sabiendas ha hecho constar en un documento público un precio inferior al real, no debería poder después ir contra sus propios actos y pretender hacer valer otro precio distinto, frente a un tercero que ha confiado en lo consignado en aquel documento al hacer valer su derecho de retracto. Por todo lo dicho, no me parece descabellado sostener –aun en contra del parecer dominante– que si el retrayente tiene por cierto el precio escriturado, ostenta la pretensión de hacer valer su derecho de retracto por ese precio, sin que pueda oponérsele que el precio verdadero fue otro superior, por mucho que su pago quede suficientemente probado (conclusión que, como ya he dicho, alcanzó la STS de 4 de diciembre de 1956).

No creo que con ello se esté desvirtuando el derecho de retracto. La prevalencia del precio escriturado no se justifica por el fin de hacer cumplir las leyes tributarias, sino por los argumentos antes señalados, que giran fundamentalmente en torno a la protección de la apariencia y de la confianza del tercero de buena fe; esa es su razón de ser, no la de sancionar al que ha querido eludir el pago de impuestos u otros costes, aunque, lógicamente, admitiendo el retracto por el precio escriturado, el adquirente resulte perjudicado⁴³. En efecto, experimentará una pérdida patrimonial cifrada en

⁴³ Entiendo, por lo demás, que las consecuencias civiles expuestas no son obstáculo alguno para que el intento de fraude fiscal –desvelado por el reconocimiento del adquirente de haber pagado un precio superior al consignado en la escritura– produzca las debidas consecuencias en el plano tributario.

la diferencia entre el precio que él pagó y el que el retrayente le reembolsará; pero tampoco creo que pueda verse en ello un enriquecimiento sin causa a favor del retrayente, no sólo porque estamos ante el legítimo ejercicio del derecho de retracto por su parte, hecho valer en los términos que a él se le han dado a conocer y en los que de buena fe confía, sino también porque el empobrecimiento del adquirente sólo le es imputable a él mismo⁴⁴ (concretamente, a la consignación en la escritura de un precio inferior al real con fines ilícitos).

IV. RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO*

STS de 7 de julio de 1948 (RJ 1948, 973). Retracto arrendaticio de finca urbana. No ha lugar por haber consignado el retrayente el precio escriturado (2.000 pesetas) conociendo el precio real (20.000 pesetas).

STS de 16 de mayo de 1956 (RJ 1956, 2422). Retracto de colindantes sobre ocho fincas en una venta global de ciento tres fincas. No ha lugar por haber hecho la consignación el retrayente sobre la base del precio escriturado (12.500 pesetas) conociendo el precio real (350.000 pesetas).

STS de 4 de diciembre de 1956 (RJ 1956, 3855). Retracto arrendaticio urbano. Ha lugar por el precio escriturado, dado que el precio real era ignorado por el retrayente.

STS de 6 de febrero de 1957 (RJ 1957, 387). Retracto arrendaticio urbano. Ha lugar por el precio escriturado, dado que no se prueba la existencia de un precio real superior.

STS de 29 de mayo de 1957 (RJ 1957, 2184). Retracto de colindantes. Ha lugar por el precio escriturado, dado que no se prueba la existencia de un precio real superior.

STS de 10 de mayo de 1958 (RJ 1958, 1731). Retracto de comuneros. No ha lugar por haber consignado el retrayente el precio escriturado conociendo el precio real.

STS de 25 de abril de 1963 (RJ 1963, 2271). Retracto arrendaticio urbano. Ha lugar por el precio escriturado, que prevalece a falta de prueba de otro precio distinto.

STS de 11 de mayo de 1965 (RJ 1965, 2534). Retracto de comuneros. Sí ha lugar, por el precio real (40.000 pesetas), no por

⁴⁴ Lo que justifica la exclusión de la acción de enriquecimiento sin causa: Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid 1993, pp. 102 y 103.

* Junto a cada sentencia se indican algunos datos que pueden ser de utilidad al lector del presente trabajo.

el precio escriturado (250.000 pesetas): simulación de precio superior al verdadero.

STS de 16 de noviembre de 1966 (RJ 1966, 4954). Retracto arrendaticio urbano. No ha lugar, por no acreditarse que el precio escriturado fuera simulado, por superior al real.

STS de 25 de mayo de 1973 (RJ 1973, 2203). Retracto arrendaticio de finca rústica. Sí ha lugar, pero por el precio realmente pagado.

STS de 20 de mayo de 1981 (RJ 1981, 2083). Retracto arrendaticio de finca rústica. No ha lugar por haber consignado el retrayente el precio escriturado (35.000 pesetas) conociendo el precio real (350.000 pesetas).

STS de 12 junio de 1984 de (RJ 1984, 3232). Retracto arrendaticio de finca rústica. Sí ha lugar, pero por el precio (valor) real, fijado pericialmente (2.300.000 pesetas), no por el precio escriturado (40.000 pesetas).

STS de 14 de marzo de 1985 (RJ 1985, 1161). Retracto arrendaticio de finca rústica. No ha lugar por haber consignado el retrayente el precio escriturado (600.000 pesetas) conociendo el precio real (3.875.000 pesetas).

STS de 29 de octubre de 1985 (RJ 1985, 5090). Retracto de colindantes. No ha lugar por no ser rústica la finca retraída y por ser su valor real (10 millones de pesetas) escandalosamente superior al precio escriturado (900.000 pesetas).

STS de 7 de abril de 1986 (RJ 1986, 1842). Retracto arrendaticio de finca rústica. No ha lugar por haber renunciado previamente a su derecho el retrayente (que consignó la cantidad escriturada—2.300.000 pesetas— conociendo el precio real—9 millones de pesetas—).

STS de 19 de junio de 1986 (RJ 1986, 3577). Retracto arrendaticio urbano. Sí ha lugar, por el precio real (1.100.000 pesetas), no por el precio escriturado (4 millones de pesetas): simulación de precio superior al verdadero.

STS de 4 de julio de 1988 (RJ 1988, 5555). Retracto previsto en los Estatutos de una Sociedad Anónima.

STS de 20 de septiembre de 1988 (RJ 1988, 6843). Retracto arrendaticio urbano. Sí ha lugar, pero por el precio (valor) real, fijado pericialmente (2.885.000 pesetas), no por el precio escriturado (935.000 pesetas).

STS de 30 de abril de 1991 (RJ 1991, 3117). Retracto arrendaticio de finca rústica. No ha lugar, por quererse hacer valer por el precio escriturado (1.200.000 pesetas) en lugar de por el precio real (26.500.000 pesetas).

STS de 28 de junio de 1991 (RJ 1991, 4640). Retracto arrendaticio urbano. Ha lugar por el precio escriturado, dado que no se prueba la existencia de un precio real superior. Cuestionamiento de la prevalencia del precio real cuando se consigue probarlo.

STS de 20 febrero de 1992 (RJ 1992, 1418). Retracto arrendaticio urbano. Ha lugar por el precio escriturado, dado que no se prueba ni que sea ficticio ni que sea desproporcionado al valor de lo vendido.

STS de 21 de septiembre de 1993 (RJ 1993, 6651). Retracto arrendaticio de finca rústica. Ha lugar por el precio escriturado, dado que no se prueba la existencia de un precio real superior.

STS de 30 de marzo de 1995 (RJ 1995, 2788). Retracto de comuneros. Sí ha lugar, pero por el precio real (10 millones de pesetas), no por el escriturado (4.500.000 pesetas).

STS de 28 de junio de 1996 (RJ 1996, 5365). Retracto arrendaticio de finca rústica. No ha lugar por no ser la finca en cuestión objeto posible de este retracto; además, el precio a desembolsar es el real, muy superior al escriturado.

STS de 11 de julio de 1996 (RJ 1996, 5666). Retracto arrendaticio urbano. Sí ha lugar, pero por el precio (valor) real (12 millones de pesetas), no por el precio escriturado (250.000 pesetas).

STS de 24 de septiembre de 1997 (RJ 1997, 6860). Retracto de colindantes. Sí ha lugar, pero por el precio real (6.687.000 pesetas), no por el precio escriturado (2.200.000 pesetas).

STS de 12 de diciembre de 2000 (RJ 2000, 10437). Retracto arrendaticio urbano. Inoponibilidad al retrayente de los acuerdos modificativos del precio alcanzados por comprador y vendedor después de ejercitado el retracto.

STS de 25 de mayo de 2001 (RJ 2001, 3382). Retracto arrendaticio de finca rústica. Ha lugar por el precio escriturado, dado que no se prueba la existencia de un precio real superior.

STS de 28 de junio de 2003 (RJ 2003, 4267). Retracto arrendaticio urbano. Sí ha lugar, por el precio real; notificación al arrendatario de un precio muy superior al real.

STS de 6 de octubre de 2005 (RJ 2005, 8761). Retracto arrendaticio de finca rústica. Sí ha lugar, pero por el precio realmente pagado.

STS de 27 de julio de 2006 (RJ 2006, 6145). Retracto arrendaticio de finca rústica. Ha lugar por el precio escriturado (3.500.000 pesetas), dado que no se prueba la existencia de un precio real superior (cifrado en 7 millones por el demandado).

STS de 27 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8945). Retracto de coherederos. Ha lugar por el precio inicialmente escriturado, y no por el hecho constar en una segunda escritura, otorgada inmediata-

mente después de presentarse la demanda de retracto para corregir el «error» de la primera en cuanto al precio.

STS de 11 de mayo de 2007 (RJ 2007, 3109). Retracto de colindantes. Ha lugar por el precio escriturado (4 millones de pesetas), dado que no se prueba la existencia de un precio real superior (de 8.925.000 pesetas, según el demandado).

STS de 16 de enero de 2008 (RJ 2008, 7). Retracto arrendaticio urbano. Ha lugar por el precio escriturado (40 millones de pesetas), dado que no se prueba la existencia de un precio real superior (estimado por el demandado en 89.865.300 pesetas, en que había sido tasado el inmueble).

V. BIBLIOGRAFÍA

- BASSENGE, P.: Überblick vom § 1094 und Kommentar zum § 1098, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 67. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2008.
- BELLO JANEIRO, D.: *El retracto de comuneros y colindantes del Código civil*, Aranzadi, Pamplona 1995.
- CARRASCO PERERA, A.: «Alquileres e hipotecas», *DPC*, núm. 1, 1993, p. 225.
- CASTRO Y BRAVO, F. de: *El negocio jurídico*, reimpresión, Civitas, Madrid 1991.
- COCA PAYERAS, M.: Comentario a la STS 28 junio 1991, *CCJC*, núm. 27, 1991, p. 807.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 4ª ed., Civitas, Madrid 1993.
- DÍEZ-PICAZO, L. Y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, 7ª ed., Tecnos, Madrid 2001.
- EDENHOFER, W.: Kommentar zum § 2034, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 67. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2008.
- FLUME, W.: *El negocio jurídico*, traducción de Miquel González y Gómez Calle, Fundación Cultural del Notariado, Madrid 1998.
- GRÜNEBERG, Ch.: Kommentar zum § 311 b), *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 67. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2008.
- KRÜGER, W.: Kommentar zum § 311 b).1, (Bearbeitet von R. Kanzleiter) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2007.
- REBOLLEDO VARELA, A. L.: Comentario a la STS 29 octubre 1985, *CCJC*, núm. 9, 1985, p. 3027.
- WEIDENKAFF, W.: Kommentar zu den §§ 463 und 577, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, 67. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2008.
- WESTERMANN, H. P.: Kommentar zum § 463, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil I, 4. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2004.
- WESTERMANN, H., WESTERMANN, H. P., GURSKY, K.-H. Y EICKMANN, D.: *Derechos reales*, vol. II, traducción de Miquel González, Cañizares Laso, Rodríguez Tapia y Rodríguez Rosado, Madrid 2007.

En torno a las obligaciones precontractuales de información *

XABIER BASOZABAL ARRUE
Profesor Titular (Derecho civil)
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

La proliferación de obligaciones informativas, especialmente en el ámbito de protección del consumidor (contratación fuera de establecimiento mercantil, crédito al consumo, derecho de aprovechamiento por turno, garantías en la compraventa de bienes de consumo), la arriesgada apuesta del artículo 65 del Texto Refundido de la LGDCU a favor de la integración judicial de los contratos con defectos informativos y la creciente atención brindada a las obligaciones informativas por parte de las iniciativas de armonización del derecho europeo de contratos (PECL y DCFR), hacen ineludible un estudio detenido de estas obligaciones nacidas en torno al contrato, para las que la teoría clásica de los contratos no había reservado ningún lugar relevante. El trabajo propone una solución general al problema de las informaciones que deben transmitirse al contratar, articulando un supuesto de hecho y su consecuencia jurídica.

PALABRAS CLAVE

Obligaciones precontractuales de información, asignación del riesgo contractual por defecto informativo, integración judicial del contrato por

* Este trabajo de investigación se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del MEC que lleva por título «Hacia un código del consumidor» (SEJ 2005-02912/JUR1), cuyo investigador principal es el profesor Jorge CAFFARENA LAPORTA.

Una vez más, agradezco al profesor PANTALEÓN PRIETO la generosidad de haber leído el trabajo y haber realizado sugerentes comentarios.

incumplimiento de deberes informativos, error provocado por falta de información a cargo de la otra parte, reticencia dolosa, falta de conformidad por defecto informativo.

SUMARIO: 1. *Lugares comunes.*—2. *Una perspectiva poliédrica.*—3. *Leyes especiales y propuestas de armonización del derecho europeo de contratos: nuevas soluciones:* 3.1 Contratación fuera de establecimiento mercantil. 3.2 Crédito al consumo. 3.3 Derecho de aprovechamiento por turno. 3.4 Garantías en la compraventa de bienes de consumo. 3.5 Derecho europeo: PECL y DCFR. 3.5.1 PECL. 3.5.2 DCFR. 3.6 Consideración.—4. *El supuesto de hecho.* 4.1 Propuestas doctrinales. 4.2 Factores para elaborar el supuesto de hecho. 4.2.1 El factor objetivo. 4.2.2 El factor ético. 4.2.3 El factor económico. 4.2.4 Valoración. 4.3 Propuesta de supuesto de hecho: la tesis (primera parte).—5. *La consecuencia jurídica.* 5.1 Interés protegido e intereses protegibles. 5.2 Propuesta de consecuencia jurídica: la tesis (segunda parte).

1. LUGARES COMUNES

En ocasiones una de las partes de la relación contractual descubre que al contratar carecía de cierta información valiosa que le hubiera hecho replantear su interés en el contrato, o al menos, alguno de los términos de éste. Esta circunstancia, en sí misma considerada, no debería afectar a la otra parte, que no tiene por qué hacerse cargo de la ignorancia de aquélla. Sin embargo, ¿qué ocurre si ésta conocía o debió conocer dicha información, si se dio cuenta (o pudo y debió hacerlo) de la ignorancia de su contraparte, si quiso aprovecharse de la situación? ¿Es que no puede aprovecharse de lo que ella sabe y desconoce la otra parte? ¿Por qué (o en qué casos) iba a estar obligada a informar a ésta? Como veremos, responder a esta pregunta implica desentrañar si, bien por la relación jurídica que les une, bien en virtud de otros criterios de imputación, *una de las partes tiene asignado el riesgo por falta de información de la otra*, riesgo del que se libera típicamente informando. Decidir sobre esta asignación constituye una operación compleja que obliga, en primer lugar, a comprobar cómo distribuye el propio contrato dicho riesgo; en segundo, a considerar otros factores decisivos, como la condición —profesional, consumidor— de las partes, su respectivo comportamiento durante los tratos preliminares, o el interés afecta-

do por la información omitida; finalmente, desde una perspectiva más puramente económica, a tener en cuenta si la información es igual o desigualmente asequible para ambas partes, si es o no costosa, si aprecia o deprecia aquello sobre lo que informa, o si, dada la posición de cada parte en el contrato, éste permite «compensar» típicamente el gasto realizado en obtener la información.

Tratándose de un problema de distribución de cierto riesgo contractual, el de ignorar algún dato relevante, parece adecuado partir de que cada cual debe procurarse la información necesaria para velar por sus propios intereses ¹. La regla general en un ordenamiento jurídico informado por el principio de autonomía de la voluntad sólo puede ser la carga de autoinformarse. Ahora bien, existen situaciones (como cuando el contrato obliga a una parte a velar por los intereses de la otra, cuando la condición de entendido de una de las partes o su comportamiento despierta en la otra parte la legítima confianza en resultar informada sobre aspectos relevantes del contrato) en las que el ignorante puede legítimamente esperar que la otra parte le informe, o con otras palabras, que sea el otro contratante quien asuma el riesgo de información.

En algunos casos será el contrato, o mejor, las partes al elegir el tipo contractual o al pactar sobre la materia, quienes asignen dicho riesgo: no es lo mismo presentar un anillo a un joyero para que lo tase, que para que lo compre; en el primer caso, queda contractualmente obligado a revelar sus conocimientos como tasador, en el segundo, no. En otros casos será la condición de entendido, frente a quien no tiene por qué ser tenido por tal, la que decida la suerte de la atribución del riesgo. Así, el vendedor de software al que un cliente solicita un producto concreto, cumple con entregárselo; pero si de la conversación que mantiene con el cliente se deduce que el producto elegido no es apto para la finalidad que éste persigue, nace para aquél la obligación de advertírsele, aunque no lo haya preguntado expresamente (nótese que no se trata de advertir sobre los peligros intrínsecos o de utilización del producto, sino sobre la idoneidad de éste para el fin perseguido, una vez que éste ha sido desvelado por el consumidor). Con todo, la obligación de advertencia resulta razonable mientras se trate de una conversación del cliente con quien aparezca revestido de la condición de entendido, sea el dueño o un empleado con conocimientos técnicos, de ninguna manera cuando la conversación se ha producido con el encargado de la caja; y que desaparece cuando, después de realiza-

¹ FLUME, *El negocio jurídico*, traducción de la 4.ª edición por J. M. MIQUEL GONZÁLEZ y E. GÓMEZ CALLE, Madrid, 1998, p. 515: «Quien celebra un negocio jurídico soporta el riesgo de que sus presuposiciones sobre las circunstancias a las cuales el negocio le ha parecido realizable sean acertadas o no.».

da la advertencia, el cliente se empecina en su elección. Tampoco se nos oculta que el vendedor que detecta el error del comprador, pero no dispone del bien que éste efectivamente necesita, puede callar y entregar el que sabe que no le servirá, sin que pueda normalmente probarse lo reprochable de su conducta. Finalmente, aunque en el ejemplo que acaba de proponerse ya resulta evidente, en otras ocasiones es el comportamiento concreto de una de las partes, sea cual fuera su condición, el que desencadena la mencionada asignación: el particular/consumidor que rechaza expresamente la información, el profesional que ofrece un servicio de asesoramiento en el marco de una relación jurídica que por sí sola no lo implica, el dependiente que se empeña en dar una aclaración que finalmente resulta perjudicial para el cliente, etc.

El problema esencialmente jurídico sobre la imputación de un riesgo contractual no puede ignorar el contexto económico que rodea a toda información: Existe un interés innegable en que la información sea difundida de la forma más rápida y extensa posible, pues facilitar aspectos de la realidad que hacen posible un mejor ejercicio de la autonomía es sin duda algo deseable. Sin embargo, cuando la obtención de información es costosa, la obligación de difundirla sin obtener nada a cambio terminaría con el interés en obtenerla. Por ello, dado el indudable valor –no sólo económico– de la información, especialmente de la costosa, parece necesario promover e incentivar su obtención, y la forma más sencilla y eficaz de hacerlo es permitir que sea explotada, lo que excluye toda obligación de revelarla. Esta tensión entre la obligación de difundir y el derecho a reservar y aprovechar la información obtenida protagoniza el llamado «dilema informativo», verdadero telón de fondo del estudio de las obligaciones de informar².

La obtención de información puede ser, dependiendo de los casos, igual o desigualmente (simétrica o asimétricamente) costosa para las partes. Además, dependiendo de la relación de cada parte con el objeto del contrato y de su posición jurídica dentro de éste, una de ellas (típicamente, el vendedor) suele poder repercutir lo que le ha costado obtener la información (incluyéndolo en el precio), en tanto la otra (típicamente, el comprador) debe conformarse con no contratar cuando descubre, gracias a la información obtenida, que no está interesada en el contrato. Un dato relevante es, por tanto, si se tiene o no acceso directo a la información, por tratarse del poseedor del bien sobre el que se informa³; y junto a esta cir-

² REHM, *Aufklärungspflichten im Vertragsrecht*, München: Beck, 2003, pp. 61 ss.

³ BARROS, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, 2006, pp. 1019 y 1020: «La información valiosa que una parte simplemente posee porque está bajo su esfera de control, sin que haya agregado valor para obtenerla, suele estar sujeta a

cunstancia, que la posición contractual de la parte obligada a informar permita «recuperar» lo que se ha gastado en obtener la información.

Desde esta perspectiva, el motivo por el que nuestro Código civil asigna al vendedor el riesgo de información *sobre vicios ocultos en el objeto de la compraventa* no puede ser otro que la accesibilidad a la información por parte de éste, al que podría sumarse la posibilidad de «repercutir» lo que le cueste obtenerla incluyéndolo en el precio. Como consecuencia de esta misma *ratio*, el comprador no estará obligado a deshacer el error del vendedor sobre el objeto de la venta, pues este error cae dentro del ámbito de riesgo de éste: se trata de un error inexcusable, porque ha podido subsanarse («conoce tu mercancía»). La simplicidad de estos enunciados nos enfrenta, sin embargo, a supuestos de difícil solución:

Un especialista en impresionismo descubre, entre los múltiples objetos que una anciana ha puesto a la venta junto a la casona en la que siempre estuvieron, un cuadro que presume auténtico de Monet. Le ofrece el doble de lo que pide la señora y se queda con él⁴. ¿Debería el derecho privado reaccionar ante esta venta? Es indudable que nuestro especialista *se arriesga* a que el cuadro no sea de Monet, pero ¿es que debería cambiar la solución jurídica dependiendo del grado de certeza sobre la autenticidad del cuadro? También está claro que el proceso formativo que hace posible que el especialista valore y reconozca el cuadro es sumamente costoso; entonces, ¿por qué no debería poder aprovechar tal información, aunque sea a costa de la parte ignorante? ¿Cómo podría cobrarse su información si le obligamos a darla? ¿Es que la anciana estaría obligada a pagarle por haberle hecho saber que se trata de un Monet, por un «enriquecimiento (informativo) impuesto»? ¿Estaría obligada a vendérselo por un precio «adecuado» a su autenticidad?

Los conflictos como el mencionado han solido resolverse entre nosotros a través de la categoría del error. Algunos ordenamientos jurídicos focalizan el problema del error en la persona que lo padece. Si el error tiene un cierto peso (esencialidad) y no es imputable a quien lo invoca (excusabilidad), se protege a quien yerra (se le

requerimientos de divulgación»; (...) «desde un punto de vista económico, el deber de información se justifica porque quienes la poseen son las fuentes menos costosas y a la mano para proveerla». GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, 1994, p. 22: «lo más coherente desde el punto de vista económico es atribuir el deber de información a la parte que está en condiciones de adquirirla a un coste más bajo».

⁴ El supuesto está tomado del caso «Celimene v. Damián», propuesto en *Mistake, fraud und duties to inform in European Contract Law*, ed. de Ruth SEFTON-GREEN, Cambridge, 2004, pp. 131 ss.

habilita para impugnar el contrato) con independencia del comportamiento de la otra parte. Desde esta perspectiva no es difícil aceptar que quien no ha causado el error, pero lo reconoce (o debe reconocer) en la otra parte, está obligado a deshacerlo (salvo que sea inexcusable). Por el contrario, un sistema que considera relevante el error cuando ha sido provocado o inducido por la otra parte, permite, como regla, que ésta permanezca en silencio aunque reconozca el error de la otra parte, sin consecuencias para la validez del contrato ⁵.

Los ordenamientos continentales concederían a la vendedora del Monet un buen número de remedios: anulación por error (Austria, Bélgica, Alemania, Italia, Holanda, España), por dolo (Bélgica, Francia), por *laesio enormis* (Austria, Bélgica), e indemnización por incumplimiento del deber de informar (Francia). Sin embargo, para un tribunal inglés sería difícil proteger a la vendedora, pues nuestro comprador no tenía obligación de informar: él no ha causado la falsa representación de la vendedora acerca del valor del bien. Si la situación de la vendedora le pareciera especialmente digna de protección, recurriría a una falsa representación tácitamente inducida (*implied misrepresentation*), o a un negocio usurario, alegables exclusivamente frente al comprador, no frente a terceros. Junto a la posición inglesa cabría alinear algunos de los comentarios vertidos al caso desde los sistemas jurídicos continentales. El comentarista francés apunta que tampoco sería justo que un experto no pudiera aprovecharse del trabajo y esfuerzo con el que ha obtenido su cualificación profesional, obligándole a revelar información valiosa sin obtener nada a cambio; su comportamiento omisivo no debería considerarse engañoso por querer aprovechar sus conocimientos. Por su parte, el comentarista alemán señala que, aunque parezca contradictorio, protegiendo a la anciana vendedora se pierde la riqueza descubierta en el cuadro, pues si el experto no pudiera aprovechar su descubrimiento, no revelaría nada. Así, desde la perspectiva de un mejor aprovechamiento de la riqueza, propio del análisis económico del Derecho, el comprador debería poder aprovecharse de su información (pues descubre y aprovecha una riqueza hasta entonces oculta, que seguiría oculta si no pudiese sacarle partido). Se pregunta también si en un caso así la vendedora ha asumido el riesgo de errar sobre las características de la pintura, y responde que no, al contrario de lo que ocurriría si se tratara de una venta en un mercadillo de ocasión, en el que la disparidad entre el valor del objeto y su precio es algo típico y usu-

⁵ AA. VV., *Mistake...*, cit., pp. 9 y 67. BEATSON J., *Anson's Law of contracts*, 27.ª ed., Oxford, 1998, pp. 294 ss.

mido por las partes: cada parte contractual asume el riesgo de adquirir cosas valiosas a bajo precio o cosas sin valor a relativo alto precio. En cuanto al dolo, no puede apreciarse, porque no hay una relación de confianza entre ellos que hubiese justificado la obligación de revelar el dato conocido. Por último, se cuestiona si no cabría apreciar una cierta analogía del supuesto enjuiciado con el de descubrimiento de tesoro, de forma que correspondiese distribuir el plusvalor por mitades, concluyendo que en este caso no sería posible la analogía⁶.

Rehm propone una reflexión a raíz de un supuesto similar, y argumenta en una dirección que, como veremos, le lleva bien lejos de la lógica subjetiva de los vicios del consentimiento: Un geólogo compra una finca a precio de tierra de labor sin informar al vendedor que presume la existencia de un filón de oro en aquélla. ¿Debió informar?

El autor comienza por considerar que ambas partes, geólogo y propietario del terreno, se encuentran en una relación contractual de intereses contrapuestos. El geólogo actúa frente al propietario como comprador, no como tasador del terreno. Esta circunstancia es esencial, pues los intereses del geólogo entrarían en conflicto si tuviera que actuar, primero como tasador, y a continuación como comprador. Por parte del propietario, parece claro que nada impide que conozca el valor de lo que vende, por ello, «el valor de su mercancía» es algo que cae siempre dentro de su ámbito de riesgo. Una obligación de informar a cargo del geólogo por una prestación

⁶ En efecto, no se trata de una analogía descabellada, si tenemos en cuenta que la explicación más razonable para la atribución de la mitad del tesoro al descubridor *in alieno* es que se trata del «premio» por haber encontrado cierta riqueza para quien tiene título para beneficiarse de ella (el propietario del terreno, que adquiere la otra mitad). Como explica PANTALEÓN, siguiendo en este punto a Ramponi, «[d]e no ser por el descubridor, en efecto, el tesoro hubiera continuado escondido en las entrañas de la tierra (...) Razonable es, por tanto, que el legislador le asigne una recompensa a cargo del *dominus loci*» (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, VIII-1.º, Madrid, Edersa, 1987, comentario del art. 610, p. 58). Desde esta perspectiva, ¿no sería una solución bastante razonable la de que el mayor valor procedente de la información por «descubrir» el Monet se repartiera entre la anciana y el comprador? En el generoso magisterio del profesor Pantaleón, del que me sigo beneficiando, éste opina que sólo esa extraña malquerencia del Derecho hacia las soluciones salomónicas es la causa de que no se haya visto, en las reglas sobre atribución de la propiedad del tesoro oculto, un mayor potencial de aplicación analógica a supuestos como los que son objeto de este trabajo. La idea de que la anciana del Monet, si quisiera anular la compraventa por error, debería estar dispuesta a reconocer al comprador un crédito por la mitad del mayor valor «descubierto», merecería, a su juicio, una mayor consideración. Si siempre ha parecido razonable que la anulación de un contrato por error tuviera como consecuencia que la parte que lo anulaba tuviera que indemnizar a la otra los daños y perjuicios causados por la anulación, no parecería absurdo añadir que, en determinados casos, la anulación habría de conllevar la carga de reconocer al otro contratante un «premio» por haber descubierto cierta información generadora de un mayor valor desconocido de la cosa, que justificaría la facultad de anulación del vendedor; según las circunstancias del caso, el «premio» podría graduarse entre el previsto para el hallador de la cosa perdida (10%-5%) y el descubridor del tesoro (50%).

(tasar) que no tiene posibilidad de cobrar (una vez tasado, el vendedor podría negarse a vender, o a vendérselo al geólogo) carece de fundamento, pues constituye una atribución de riesgo sin posible contraprestación. La asignación contractual del riesgo por información sobre el valor del bien corresponde al vendedor. Sin embargo, el autor reconoce que el § 119 Abs. 2 BGB permitiría impugnar el contrato por error cuando el geólogo «se aprovechara» de la ventaja que el error sobre el valor del terreno haya supuesto en el contrato para él; es un precepto ajeno al problema de que *la información contractual debe (poder) retribuirse a aquel a quien se ha atribuido el riesgo de información*, lo que enturbia la compatibilidad de su tesis con el sistema del BGB ⁷.

El dilema está servido: ¿Cómo evitar el reproche de «haberse aprovechado» de la ignorancia ajena e impedir así la impugnación por error? Pero, de otra parte, ¿cómo obligar a una parte contractual a velar por el interés de la contraparte en el marco de un contrato de intereses contrapuestos?

Para Gómez Calle la obligación de informar a cargo del comprador, cuando éste descubre que el vendedor yerra sobre el precio ofertado por desconocer el verdadero valor del objeto de la compraventa, depende de la condición más o menos protegible del vendedor. A un particular no se le puede exigir la diligencia de *tener que conocer* lo que vende, que sin embargo sí se puede pedir a un comerciante. El comprador estaría obligado a informar a aquél, mas no a éste ⁸.

Sin duda, es una solución plausible, pero ¿es realmente el dato sobre la condición del vendedor tan decisivo que deba preferirse a todos los demás datos?, pues hay preguntas que siguen sin responder: Por mucho que el entendido compre a un particular, él mismo es también un particular y, al fin y al cabo, ¿no ha podido el vendedor conocer el verdadero valor del bien? ¿No se arriesga el comprador a que el cuadro no sea de Monet, o a que el terreno no contenga un filón precioso? ¿No es completamente onerosa la

⁷ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., p. 284.

⁸ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid: La Ley, 1994, pp. 22 a 24: «En cambio, si el propietario que ignora el verdadero valor del bien es un particular a quien el profesional se dirige para que se lo venda, parece que de la buena fe pueden derivarse ciertos criterios que se impondrían a las consideraciones puramente económicas (...); la solución basada en consideraciones exclusivamente económicas debe limitarse con base en la buena fe y, así, en atención a la *profesionalidad* de una de las partes frente a la inexperiencia e ignorancia de la otra en lo relativo al objeto contractual, lo que normalmente generará una especial *confianza* de ésta en aquélla: así, por ejemplo, porque el interesado en comprar dé a conocer al otro su cualidad de experto, infundiéndole así la creencia de que le ofrece un precio justo (...). No reconocer estos límites conforme a la buena fe supondría excluir unos mínimos éticos y de justicia, que han de estar presentes en un enfoque jurídico del tema, y aun a costa de restar algún terreno a una consideración exclusivamente económica del problema.»

adquisición de la formación necesaria para apreciar el valor de un cuadro o de un terreno? ¿Cómo podría el obligado a informar cobrarse la «prestación» de haber informado? ¿Cómo tener preferencia en la compra después de haber informado? ¿No es el contrato el que asigna el riesgo de información sobre el objeto de la compraventa al vendedor? ¿O la regla cambia cuando el vendedor sea un particular y el comprador un experto o profesional? Y si se trata de una empresa que envía expertos para descubrir obras de arte, ¿habría que negarle el provecho de su iniciativa? ¿Por qué sería reprochable enriquecerse «a costa» de los propietarios, si es dicha empresa la que descubre la riqueza?

Pero además hay que tener en cuenta que ciertos riesgos de valoración de la cosa no dependen de que ésta sea defectuosa, o de que se ignore su origen, sino del modo con el que resulta valorada en el mercado: ¿Qué ocurre con el comprador de viviendas en el sur de Madrid que sabe que está aprobado el proyecto de soterrar la M-30, y que contrata con personas que no lo saben, obteniendo así en su reventa tres años después un precio netamente superior al que obtienen ahora los vendedores? ¿Debería el derecho privado hacer vulnerables tales contratos, pudiéndose anular, resolver, o haciendo restituir la ventaja obtenida gracias a la información ignorada? ¿Y si la información no era todavía pública y el comprador se aprovechó de cierta información privilegiada? ¿Y si los vendedores hubiesen estado en todo caso interesados en vender a menor precio y no esperar? ¿Cambia algo el que sea un particular el que compra o lo sea una empresa que realiza una serie sistemática de compras? ¿Y si el mercado inmobiliario se desploma y lo que se prometía como una buena inversión acaba siendo un auténtico fracaso? No es el momento de responder a todas estas preguntas, pero puede apuntarse, con Barros, que «[l]a tendencia del derecho comparado es que una información estratégica, que tiene que ver con las condiciones del mercado y que no ha sido adquirida en ejercicio de una función o cargo que le impida usarla para su propio beneficio, puede ser legítimamente aprovechada en su favor por el comerciante»⁹.

Sirva ahora de reflexión que el riesgo típicamente asumido por un comprador no es que le engañen, o que yerre de forma excusable sobre aspectos esenciales del contrato (sin entrar por ahora a considerar cómo entender la excusabilidad y la esencialidad), pues este riesgo queda cubierto por la posibilidad de anular; ni lo es la existencia de vicios ocultos, pues es el vendedor quien corre con el riesgo de que éstos existan; y tampoco la recepción de una presta-

⁹ BARROS, *Tratado de responsabilidad...*, cit., p. 1017.

ción que no sea conforme a lo pactado. El riesgo típico del comprador consiste en que aquello que es conforme a lo pactado tenga, una vez recibido, un valor inferior (o superior) al que para él representa el precio pactado, o bien que el valor de mercado se haya distanciado en el momento de la entrega (o poco después) respecto del precio pactado.

2. UNA PERSPECTIVA POLIÉDRICA

Sigamos con otro ejemplo: Cayo compra una vivienda a Sempronio sin conocer el proyecto de carretera que unirá el barrio residencial en el que aquélla se encuentra con el centro urbano. El trazado de la carretera pasa lo suficientemente cerca de la vivienda como para poner en peligro la tranquilidad de ésta. Pongamos que Cayo no la hubiese comprado de haber conocido este dato, pues el barrio le atrajo precisamente por su tranquilidad. Y pongamos también que Sempronio conocía la carretera proyectada, aunque no llegó a informar sobre ella porque en ningún momento durante las conversaciones preliminares se trató de modo expreso acerca de la comunicación entre el barrio y el centro. Por otra parte, el dato ignorado, aunque relevante para hacer que Cayo pierda interés en la vivienda, es un dato que revaloriza el precio de ésta. Asimismo, es un dato que cualquiera pudo obtener tras consultar el plan urbanístico municipal de la zona sin gasto considerable alguno. ¿A quién imputar la ignorancia?

Si Cayo da una importancia decisiva a la tranquilidad de la vivienda, parece lógico que sea él quien se asegure de que ésta es y seguirá siendo tranquila, luego su ignorancia (pensar que las cosas seguirán siendo tal y como eran el día que conoció la vivienda) no debería afectar al contrato. Que las autoridades locales decidan introducir algún cambio urbanístico es parte de lo que podríamos llamar «riesgo ordinario de la vida» de quienes se ven afectados por dicha medida, sean compradores, vendedores o simples afectados. Ahora bien, si Cayo dejó claro al contratar –durante los trámites preliminares– que la tranquilidad del lugar era condición y cualidad necesaria para interesarse en la compra, y el vendedor, que conocía el proyecto de carretera, no dice nada, parece claro que aquél podría anular por error sobre una cualidad que había devenido esencial en dicho contrato, o por dolo omisivo. La omisión deliberada de un dato que se sabe decisivo para la formación del consentimiento contractual de la contraparte debe considerarse constitutivo de dolo omisivo, o al menos, cuando no alcancemos a probar el componente subjetivo del dolo, de error (relevante, por-

que la otra parte lo conoció, pudo y debió evitarlo). Hay que tener en cuenta que un aspecto decisivo en materia de obligaciones de información (como ocurre con el error) es la esencialidad de la información para el contrato, que sea esencial para el tipo contractual elegido, o que haya devenido esencial en el curso de los tratos preliminares, pues parece lógico que la omisión de información no decisiva no afecte al contrato, aunque pueda desencadenar consecuencias de otra índole. En el caso propuesto, la tranquilidad deseada por el comprador no parece por sí sola esencial (salvo que el nivel de ruido afecte a la habitabilidad de la misma), mas puede haber devenido tal en las negociaciones. Finalmente, la acción de anulación podría acompañarse de una pretensión indemnizatoria por culpa *in contrahendo*.

También cabría plantear si no se trata de un supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, siempre que las partes hubieran sustituido la obligación de «entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato» (art. 1468.I CC) por la obligación de entregar una *vivienda tranquila*.

Podría incluso mantenerse que, una vez probado que el vendedor se obligaba a entregar una vivienda tranquila, la carretera representa un vicio redhibitorio que excluye la satisfacción del interés del comprador y que ofrece a éste la posibilidad de estimar (modificar) o redhibir el contrato, tanto si el vendedor conoce la carretera como si no (art. 1486 CC). Esta solución reviste especial interés, pues, sin entrar a valorar el comportamiento de las partes (como ocurre en los supuestos de «error invalidante», «dolo causante» o «incumplimiento resolutorio»), aquí es el propio contrato el que asigna de forma objetiva el riesgo por defecto de información sobre los vicios ocultos de la cosa. Si la carretera constituye un «vicio oculto», dados los términos del contrato respecto de la funcionalidad del bien («[e]l vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, *si la hacen impropia para el uso a que se la destina, ...*» art. 1484 CC), el comprador podría acudir a los remedios propios del saneamiento por vicios ocultos (art. 1486 CC)¹⁰.

Quizá lleguemos a la conclusión de que de los tratos preliminares no puede deducirse que el comprador dejara clara esta «incorporación» de la tranquilidad de la vivienda a la prestación debida, ni lleguemos a acreditar lo excusable del error, o la intención de engañar del dolo, o la condición de vicio de la carretera; sin embar-

¹⁰ Si en nuestro caso puede no estar claro hasta qué punto la falta de tranquilidad hace impropio el objeto del contrato para la finalidad para la que ha sido adquirido, piénsese en la venta de una vivienda en la que se hubiese ocultado la existencia de una discoteca en el piso de abajo, a la que se accede desde otra calle.

go, puede que fueran las reiteradas referencias de Sempronio a la tranquilidad del lugar las que hicieron que Cayo esperara esta cualidad como nota esencial de la vivienda. Podría tratarse entonces de una falsa representación provocada por las declaraciones de la otra parte contractual, lo que en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha sido suficiente para justificar la anulación por error¹¹. Hemos vuelto así al punto de partida (invalidéz por error), después de un breve recorrido a través de otras posibles soluciones, como la responsabilidad por incumplimiento o la atribución *ex lege* del riesgo contractual representado por los vicios ocultos.

A medida que vamos acumulando posibles soluciones resulta inevitable preguntarse por cuál de ellas protege mejor al contratante «ignorante»: anular con eventual reparación del interés negativo¹²; resolver con eventual reparación del interés positivo; mantener el contrato, estimando un nuevo valor para la prestación; y sobre todo, decidir si son remedios compatibles y resulta razonable la posibilidad de elegir entre ellos.

La posibilidad de anular el contrato por error dependerá de que concurran los requisitos del error invalidante. Habrá por tanto que probar que se trata de un error esencial y excusable sobre un «motivo» incorporado al contrato (la tranquilidad), o mejor aún, sobre

¹¹ MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, 1988, pp. 221 ss.

¹² Sobre la limitación al interés negativo de la indemnización por causa de nulidad/anulabilidad, se pronuncian a favor, con carácter general: DíEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, Tecnos, 6.ª ed., 1989, p. 123. GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el derecho español*, Madrid: Tecnos, 1991, pág. 191. GÓMEZ CALLE, *Los deberes...*, cit., p. 73. DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, Bosch, 3.ª ed., 1994, p. 599. Con todo, este último autor entiende que «[p]ara estos casos, en que, efectivamente, ha habido una conducta contractual –aunque inválida–, es más fácil admitir la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual (...)»; puede argumentarse por analogía, más o menos próxima según los casos, a partir de artículos como 1486.II, 1487, 1483 y 1270.II». PANTALEÓN PRIETO afirma que «[e]n modo alguno es seguro que, en todos los casos de nulidad y anulabilidad del contrato imputable a una de las partes, la pretensión indemnizatoria de la otra haya de limitarse siempre al interés contractual negativo» («Resolución por incumplimiento e indemnización», en *Anuario de Derecho civil*, 1989, pág. 1166). A favor de que la nulidad por imposibilidad originaria de la prestación sea compatible con la indemnización de todo el interés de cumplimiento, CARRASCO PERERA, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV-1.º, Edersa, Madrid, 1989, p. 432. Como explica Pantaleón, «una justa tutela del contratante acreedor de la prestación imposible, que no la sabía tal, exige no excluir absolutamente que pueda mantener el contrato (no resolverlo, si continúa interesándole desprenderse del bien objeto de su prestación) y, lo mantenga o no, reclamar a la otra parte una indemnización (menor o mayor según se resuelva o no el contrato, pero) en la medida del interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, cuando la otra parte haya conocido la imposibilidad de la prestación que prometía, o quepa imputarle haberla prometido ignorando su imposibilidad». Por ello, la nulidad no es la mejor solución para estos casos, ni «exigencia ineludible de la razón jurídica» (en «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *Anuario de Derecho civil*, 1993-IV, pp. 1721 y 1722). Reconociendo lo ineludible de extender la indemnización al interés positivo en caso de dolo, MORALES MORENO, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2.ª ed., Madrid, 1993, art. 1270, p. 472.

una cualidad esencial esperada conforme al contrato (vivienda tranquila). Cuando prospere, se procederá a liquidar el contrato en los términos previstos por los artículos 1300 ss. CC. En plano distinto al de la validez, se considerará la posible indemnización de los daños que la contratación fallida haya causado al contratante que impugna. Esta responsabilidad por daño exigirá la prueba de la culpa *in contrahendo*, además de la prueba del daño y de que la causa de éste fuera el contrato, o mejor, haber contratado con error. Desde esta perspectiva, el interés cubierto por la pretensión indemnizatoria es *el interés en no haber contratado de no haber padecido el error*. Este interés, conocido como interés negativo o de confianza, incluiría tanto el daño emergente (gastos de la contratación) como el lucro cesante (pérdida segura de alguna oportunidad que se dejó escapar por haberse comprometido ya en el contrato que se anula) ¹³.

Si el vendedor ocultó deliberadamente el dato (callando ante una pregunta explícita del comprador, o con afirmaciones confusas o verdades parciales que ocultan el proyecto de carretera), consciente de omitir una información que podría alterar el sentido de la negociación por parte del comprador, éste podría anular el contrato por dolo causante de la contraparte, y además pretender el resarcimiento de los daños causados por el contrato anulado en la medida del interés positivo (arts. 1270.II, 1486.II, 1487, 1488 CC). Morales Moreno defiende para el caso de dolo que una forma de reparar el daño pueda consistir en desligarse del contrato con efectos resolutorios *inter partes*, como ha hecho el BGH en algunos supuestos de culpa *in contrahendo* ¹⁴, y como hace nuestro Tribunal Supremo cuando aplica el artículo 1124 CC a problemas que no pueden considerarse, técnicamente, de incumplimiento ¹⁵.

Si en virtud del contrato de compraventa entre Cayo y Sempronio la carretera proyectada constituye un «vicio oculto» de la vivienda, el vendedor respondería, o mejor, *correría con el riesgo* de existencia de aquélla, tanto si conociese el proyecto como si no, lo que permite al comprador desligarse del contrato y cobrarse los gastos que éste le haya causado, sin necesidad de imputar respon-

¹³ ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, San Sebastián, 1989, págs. 67 y ss. GARCÍA RUBIO, M.ª Paz, *La responsabilidad precontractual...*, cit., pp. 239 ss.

¹⁴ Es sumamente interesante el paralelismo que encontramos entre la propuesta de Morales y la jurisprudencia alemana sobre culpa *in contrahendo* por la que se concede, como modalidad indemnizatoria que consigue «devolver» al damnificado a la situación anterior a la producción del daño, la liberación del contrato con devolución de lo pagado más los intereses, aunque el contrato no pudiera declararse inválido. Sobre esta jurisprudencia y su crítica a cargo de la doctrina alemana, véase ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa...*, cit., pp. 186 ss.

¹⁵ MORALES MORENO, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2.ª ed., 1993, art. 1270, p. 472.

sabilidad contractual al vendedor; en caso de dolo, podría pretender que se le indemnizase el interés positivo (art. 1486.II CC). Más difícil resultará la pretensión de revisar (estimar) el equilibrio de las prestaciones mediante la acción estimatoria, pues ésta modifica el contrato conforme a parámetros de mercado, y en este caso la carretera no resta valor a la vivienda, más bien al contrario, por lo que no habría ningún «menor valor» para el bien estimado.

Resulta significativo que el Código contemple, por una parte, la asignación objetiva del riesgo por vicios ocultos y de los gastos del contrato, y por otra, la responsabilidad por dolo, como si entre la imputación objetiva y la subjetiva por dolo «olvidara» la responsabilidad por negligencia. Barros sugiere que, cuando el punto de partida es que son los deberes de información los que deben estar justificados, resulta explicable que «el umbral de la responsabilidad esté dado por la mala fe y no por la mera negligencia»¹⁶. Con todo, en pura teoría cabría imputar responsabilidad por negligencia (culpa *in contrahendo*), limitando el daño indemnizable al interés negativo.

Si lo que las partes han determinado como objeto del contrato es una vivienda que reúna determinadas cualidades (y no sólo el objeto contractual en el momento de perfección del contrato), entre las que se encuentra la tranquilidad, la entrega de la vivienda con una carretera proyectada constituiría un supuesto de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso. No parece que en este caso fuese posible la reparación (aislar la vivienda) o la sustitución (entregar una vivienda con las características de la anterior, pero en una zona más tranquila del mismo barrio) como medidas propias del cumplimiento específico; la primera, por lo desproporcionado del coste que supondría dicha reparación, y la segunda, por la evidente dificultad para contar con otra vivienda, fungible respecto de la primera, pero suficientemente tranquila (aunque considérese el caso de que Sempronio fuese una empresa inmobiliaria que dispone de otras viviendas en la zona, en cuyo caso la «sustitución» podría ser una solución real). Ya se ha hecho referencia a la dificultad para estimar a la baja el precio por haber recibido una vivienda no conforme a la tranquilidad pactada, ya que la pérdida de valor no se refleja en el mercado. Por todo ello, lo más probable es que la reclamación por incumplimiento concluya en resolución con eventual resarcimiento del interés contractual (de cumplimiento, o positivo)¹⁷. En cuanto a éste, habría que preguntarse si el comprador

¹⁶ BARROS, *Tratado de responsabilidad...*, cit., p. 1018.

¹⁷ Sobre resolución e indemnización, véase PANTALEÓN, «Resolución por incumplimiento e indemnización», *Anuario de Derecho civil*, 1989-IV, pp. 1143 ss.

que resuelve por no recibir una casa tranquila, como había pactado, puede exigir como lucro cesante lo que hubiera obtenido con su venta, ahora que la carretera ha elevado ligeramente el valor de mercado de los inmuebles de la zona. A lo que habrá que responder que el incumplimiento no le impide obtener ese lucro, porque de hecho puede recibir la vivienda y venderla; lo que le impide es disfrutar personalmente de ella, y este disfrute es incompatible con el daño/lucro cesante por no haber podido enajenarla. Por el contrario, sí corresponde al interés de cumplimiento el sobreprecio que Cayo tenga que pagar por obtener una casa análoga a la comprada y situada en el mismo barrio, pero en una zona verdaderamente tranquila (si es que existe tal vivienda y tal diferencia de precio, lo que planteará indudables problemas probatorios).

Todo viene a complicarse, además, cuando nos planteamos por la posible compatibilidad de todas estas vías, de forma que el mismo supuesto pueda solucionarse como problema de *invalides* por error/dolo, como *atribución de riesgo* por vicio redhibitorio, o como *responsabilidad* por incumplimiento. En el caso de Cayo, y atendiendo a las diversas variables con las que hemos ido enriqueciendo el supuesto, podría anular (por dolo o error) y hacerse indemnizar el daño representado por el interés en no haber contratado; o resolver por cumplimiento defectuoso (siempre que la obligación del vendedor incluyese la tranquilidad de la vivienda) y hacerse indemnizar el interés de cumplimiento, que llegaría a cubrir el mayor gasto (si lo hay) que para el comprador suponga la adquisición de una vivienda tranquila en la misma zona. No podrá exigir la reparación (por el coste desproporcionado que supondría para el vendedor) ni la sustitución por falta de conformidad (salvo que el vendedor disponga de una vivienda fungible respecto de aquella y además tranquila), ni estimar a la baja un precio que no es objetivamente menor. Las únicas pretensiones que exigirían imputar subjetivamente la conducta del demandado serían las de daños.

Con toda seguridad, la sensibilidad jurídica continental es más reacia que la anglosajona para admitir sin reparos esta diversidad de soluciones posibles y simultáneas, a elección del actor. Musy comenta, al hilo de la exposición del tratamiento en derecho anglosajón de las obligaciones precontractuales de información, que lo normal para el jurista de *common law* es disponer diversas instituciones para resolver el mismo problema, y que los instrumentos aptos para resolver los casos de *precontractual liability* se encuen-

tren tanto en el *law of contracts*, como en el *law of torts* o en los remedios procesales que se originan en torno a la *equity*¹⁸.

Sin duda se trata de una cuestión *de lege ferenda*: decidir sobre la conveniencia de que a un supuesto de hecho le corresponda, de forma excluyente, una única solución, o de forma convergente, soluciones diferentes desde diferentes perspectivas. Así ocurre con el solapamiento que tiene lugar entre las regulaciones del error y del incumplimiento. Morales Moreno destaca «la relación entre el error e incumplimiento, ya que la misma plantea un problema de concurrencia de remedios. Cuando el error se refiere a las cualidades de la cosa objeto del contrato, la ausencia de las cualidades presupuestas en ella puede ser considerada como un incumplimiento (falta de conformidad de la cosa)»¹⁹. Rojo Ajuria comenta agudamente que «en la calificación de los hechos como dolo vicio o incumplimiento subyace una opción de política jurídica». Así, «la escasez de supuestos de dolo vicio (...) puede explicarse, al menos en parte, por la incorporación total o parcial de los supuestos típicos de falsa representación dolosa al contenido del contrato. En general, de tal modo se difuminan las barreras entre el problema de los vicios del consentimiento y el de la distribución de los riesgos contractuales, tal como apuntaba Morales en su obra sobre el error»²⁰.

En la actualidad, la cuestión sobre la compatibilidad de ambos regímenes es objeto de especial atención. Algunos cuerpos de normas de derecho uniforme, partiendo de posiciones comunes respecto al concepto de incumplimiento como «falta de conformidad», han optado por soluciones divergentes: los Principios UNIDROIT (PU) se han decantado por la incompatibilidad, al contrario que los PECL (Principios de Derecho europeo de contratos) o el DCFR (*Draft Common Frame of Reference*).

La profesora Fenoy, que se ha ocupado de esta divergencia con detenimiento, explica las diferencias de fondo y las razones que se han dado para avalar ambas posturas. La solución de los PU de preferir la aplicación del régimen del incumplimiento resulta coherente, por una parte, con la propia tendencia de los PU a solucionar todos los conflictos de insatisfacción del interés del acreedor a través de la noción de incumplimiento, y por otra parte, con la constatación de que el elenco de los remedios por incumplimiento (cumplimiento específico, resolución, indemnización) es más amplio y

¹⁸ MUSY, *Il dovere di informazione. Saggio di diritto comparato*, Trento, 1999, pp. 114 ss.

¹⁹ MORALES MORENO, «Los vicios de la voluntad en los PECL», en *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas, 2006, p. 294.

²⁰ ROJO AJURIA, *El dolo en los contratos*, Madrid, Civitas, 1994, pp. 144 ss.

de mayor alcance que el previsto para el error (anulación, indemnización), por lo que aquél «da una más adecuada protección al acreedor lesionado»²¹. El propio comentario al artículo 3.7 PU afirma que la opción por el incumplimiento «ofrece una mejor solución y resulta más flexible que la solución tajante de la nulidad». La razón última parece ser por tanto la protección efectiva: los remedios por invalidez no tienen nada que aportar respecto de los remedios por incumplimiento. A esto hay que sumar que la indemnización eventualmente concedida al acreedor en caso de error «sólo tiene la finalidad de dejar a la otra parte en la misma posición en la que se encontraría de no haber celebrado el contrato» (Comentario al art. 3.18 PU), limitación que no tiene sentido en caso de incumplimiento.

Sin embargo, los PECL, partiendo del mismo concepto aglutinador de incumplimiento que los PU, han entendido (así lo expresa el comentario adjunto) que no hay buenas razones para impedir que la parte perjudicada elija entre unos y otros remedios, siempre, claro está, que se den sus presupuestos y sean remedios compatibles. Tal decisión constituye una medida de prudencia (la compatibilidad es la solución más común en nuestro entorno) y de respeto a la legítima diversidad de soluciones y a la libertad de optar entre ellas (respeto a que se presente algún caso en el que la protección de la invalidez, aunque más rígida, pueda interesar más, o simplemente, resultar preferida). La opción cobra especial relieve cuando alguno de los remedios ofrecidos por la invalidez con carácter inmediato se ofrezca entre los remedios de incumplimiento con carácter subsidiario, puesto que en tal caso resulta evidente que el remedio de invalidez podrá interesar más, precisamente porque evita la subsidiariedad querida en materia de incumplimiento. Pero esto mismo nos obliga a considerar que, si el legislador ha establecido una jerarquía de remedios por incumplimiento, la posibilidad de eludir ésta acudiendo a la invalidez representa una fisura en una regulación que se ha querido imperativa.

Fenoy se plantea este mismo conflicto en el contexto de la aplicación de la Ley de Garantías (antes de su incorporación al Texto Refundido, pero con el mismo contenido) y de su compatibilidad con la aplicación de los remedios generales no expresamente excluidos por ésta. Los remedios por falta de conformidad previstos por la mencionada norma son más numerosos, variados y flexibles que los remedios por error. Sin embargo, la anulación permite la desvinculación inmediata del contrato (arts. 1265, 1300 CC), «con lo que el

²¹ FENYOY PICÓN, *El sistema de protección del comprador*, Madrid, Cuadernos de Derecho Registral, 2006, pp. 196 ss.; la cita literal es de p. 205.

consumidor evitaría la jerarquía de remedios de la Ley de Garantías»²². Al particular le conviene poder optar, pues así dispondrá de más soluciones con carácter inmediato. Sin embargo, debería valorarse si este interés particular debe prevalecer sobre el interés del legislador en establecer una serie de remedios en cadena, o con otras palabras, deberíamos sondear el alcance imperativo de una norma que probablemente ha querido incorporar al ordenamiento una «versión actualizada» del principio de conservación del contrato²³. Cuando la caducidad de las acciones edilicias obligaba a los particulares a reaccionar en seis meses, la posibilidad de acudir al remedio por invalidez otorgaba un respiro que siempre contó con el apoyo de la jurisprudencia y de la doctrina. Sin embargo, cuando una legislación reciente establece cierta prelación de remedios para el caso de incumplimiento *en sentido amplio*, la subsistencia de otros remedios compatibles representa una vía legítima (pero, ¿realmente querida?) para evitar la jerarquía recién implantada²⁴.

¿Qué otros datos encontramos en nuestra legislación acerca de este conflicto, y cómo se conjuga el derecho codificado con las soluciones propuestas más recientemente por la legislación especial?

3. LEYES ESPECIALES Y PROPUESTAS DE ARMONIZACIÓN DEL DERECHO EUROPEO DE CONTRATOS: NUEVAS SOLUCIONES

El Código Civil carece de una regla que imponga deberes precontractuales de información, pero, tal y como acabamos de comprobar, no carece de preceptos que solucionan conflictos en los que se han visto (o podido ver) involucrados deberes precontractuales de información. Cuando el codificador permite anular el contrato al contratante que yerra sobre las cualidades del objeto, cuando ofrece la estimatoria y la redhibitoria al comprador que descubre vicios ocultos en el objeto comprado, o cuando ofrece un conjunto de remedios por incumplimiento al producirse un desajuste entre la prestación esperada y la recibida, está resolviendo conflictos que pueden ser, total o parcialmente, informativos. El Código es ajeno a un hipotético supuesto de hecho que podría denominarse «violación de deberes precontractuales de información», por lo que, si queremos construirlo, habría que hacerlo a partir de los supuestos de hecho de los vicios del consentimiento, de los vicios ocultos y de la

²² FENOY, *El sistema...*, cit., p. 246.

²³ FENOY, *El sistema...*, cit., p. 246.

²⁴ FENOY, *El sistema...*, cit., p. 259.

responsabilidad por incumplimiento contractual, en el contexto de los deberes de conducta impuestos por el principio de buena fe. En cuanto a las consecuencias jurídicas, las ofrece variadas. Lo relevante ahora es señalar que la perspectiva del Código al resolver estas cuestiones es siempre la del conflicto interindividual, esto es, el ofrecimiento de una norma de justicia conmutativa que dirime una controversia exclusivamente privada: las soluciones afectan al contrato (lo anulan, lo modifican, lo resuelven) y a la eventual indemnización del daño experimentado por la parte no informada.

Otra perspectiva bien distinta fue la adoptada por la LGDCU de 1984, que tras proclamar la necesaria tutela del consumidor, sujeto abstracto titular del derecho de información consagrado en el artículo 13, dejaba sin resolver el problema del consumidor individual en cuyo contrato se había ignorado el mencionado derecho. La tipificación de infracciones administrativas y de sus correspondientes sanciones afrontaba el conflicto entre profesionales y consumidores desde una perspectiva jurídico-pública, dejando sin resolver el problema singular de cada consumidor (qué le ocurre a su contrato). El legislador era consciente de esta ausencia de solución *entre los contratantes*, y en un tímido intento por ofrecer una, propuso un precepto (art. 12.6 LGDCU, reformado por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios) que introduce en nuestro ordenamiento una vía para la integración judicial de los contratos con consumidores²⁵.

La situación ha cambiado, aparentemente, con la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LGDCU y otras leyes complementarias (TR en adelante). Frente a la absoluta generalidad con la que estaba redactado el art. 13 en la primera versión de la Ley General (capítulo IV: «Derecho a la información»), el nuevo capítulo IV («Derecho a la información, formación y educación») consta de dos artículos (17 y 18), el primero de los cuales se dirige a los poderes públicos y a los medios de comunicación social de titularidad pública estatal, y el segundo se refiere a la presentación de bienes y servicios mediante etiquetado, ámbito que es objeto de una detallada reglamentación. Los aspectos jurídico-privados de la contratación con consumidores son ahora tratados en el nuevo libro II («Contratos y garantías») del TR, y por lo que respecta a la información, la encontramos en el título I («Contratos con los consumidores y usuarios»), capítu-

²⁵ Artículo 12.6 LGDCU, reformado por Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios: Los contratos con los consumidores se integrarán, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva, también en los supuestos de omisión de información precontractual relevante.

lo I («Disposiciones generales»), artículo 60 («Información previa al contrato»²⁶). También existe una previsión específica para la contratación a distancia (art. 97 TR)²⁷. En cuanto a las consecuencias jurídicas por no informar cuando se debe, la única previsión sigue siendo la posibilidad de integrar judicialmente el contrato,

²⁶ Artículo 60 TR (*Información previa al contrato*):

1. Antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo.

2. A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además:

a) Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa.

b) Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares.

c) Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración.

d) Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato.

e) Garantías ofrecidas.

f) Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación.

g) Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

3. La información precontractual debe facilitarse al consumidor de forma gratuita.

²⁷ Artículo 97 TR (*Información precontractual*):

1. Antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el empresario deberá suministrar al consumidor y usuario, de forma veraz y suficiente, la información prevista en el artículo 60 y además:

a) El coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica.

b) Las características esenciales del bien o servicio.

c) Los gastos de entrega y transporte, en su caso.

d) El plazo de vigencia de la oferta y del precio y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento en los supuestos previstos en el artículo 102.

e) La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida.

f) Las circunstancias y condiciones en que el empresario puede suministrar un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor y usuario, cuando se quiera prever esta posibilidad.

g) La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución.

h) En su caso, indicación de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos.

2. La información contenida en el apartado anterior, cuya finalidad comercial debe ser indudable, deberá facilitarse al consumidor y usuario de modo claro e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.

según disponía ya la Ley de mejora y establece en la actualidad el artículo 65 TR.

Claro que la diversidad legislativa en el tratamiento de los deberes precontractuales de información no termina aquí. Queda por analizar el fenómeno más significativo de estos últimos años: la legislación especial y ciertas iniciativas de ámbito europeo. La errática cadencia legislativa de la Unión Europea ha ido exigiendo, a golpe de directiva, normativa interna que fuese incorporando ciertas orientaciones comunes en sectores muy concretos de la contratación: el comercio fuera de establecimiento mercantil, la compraventa a plazos de bienes muebles, el crédito al consumo o el derecho de aprovechamiento por turno (éstos son los más significativos en la materia que nos ocupa; podríamos sumar la ordenación del comercio minorista, el contrato de viaje combinado o la venta de bienes muebles de consumo). Lo peculiar de esta legislación especial es la atomización del supuesto de hecho, así como una notable heterogeneidad en la elección de la consecuencia jurídica. Recientemente, el panorama se ha visto afectado por el hecho de que algunas leyes especiales hayan sido incorporadas al seno del Texto Refundido (legislación sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, sobre contratación a distancia, sobre garantías en la venta de bienes de consumo, sobre viajes combinados y sobre responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos) y otras no (legislación sobre servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico, sobre radio difusión televisiva, sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, sobre crédito al consumo, sobre derecho de aprovechamiento por turno y sobre publicidad), aunque hay que decir que todas ellas, dentro y fuera, han conservado sus peculiaridades.

3.1 CONTRATACIÓN FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL

La regulación sobre «protección de los consumidores en el caso de contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles» exige, dentro de su ámbito de aplicación (arts. 107 y 108 TR), que tanto el documento contractual como el documento de desistimiento se formalicen por escrito y en doble ejemplar, y que se fechen y firmen de puño y letra del consumidor o usuario (art. 111 TR). En cuanto a las «consecuencias del incumplimiento» de esta obligación, el artículo 112 establece que el contrato

puede ser anulado por el consumidor. El legislador presume la protegibilidad del consumidor al que no se le ha entregado por escrito un ejemplar del contrato y un documento en el que conste por escrito su derecho de desistimiento. El hecho de que se le haya protegido dándole la posibilidad de anular el contrato (además de la de desistir en el plazo de siete días desde que se haya entregado el documento de desistimiento –art. 110–) indica que se ha querido reforzar la protección *del interés en no haber contratado de haber sido informado*. Desde esta perspectiva, la eventual indemnización cubrirá el daño representado por el interés negativo o de confianza. Al no hacerse referencia a ninguna singularidad para el régimen de anulación, habrá que estar al general de los artículos 1300 ss. CC. La falta de entrega por escrito al consumidor de la información sobre su derecho a desistir no priva a éste de tal derecho, pero el legislador ha querido asegurarse de que el consumidor conoce su derecho haciendo especialmente vulnerable la posición contractual de quien no informe del mismo (cuatro años de anulabilidad).

Con todo, si lo que está en juego es el derecho a desistir, no parece lo más adecuado un plazo de cuatro años de anulabilidad desde que se celebre el contrato. Parece más acorde con el interés protegido que el plazo de desistimiento o anulación no comience hasta que el consumidor haya conocido (o podido conocer gracias a la información dada) su derecho a desistir (como propone el DCFR), pero que a partir de dicho momento dure menos, evitándose así un plazo de «vulnerabilidad» excesivo; al fin y al cabo, se trata de que el consumidor reconsidere su interés en el contrato, y para eso no hacen falta cuatro años.

3.2 CRÉDITO AL CONSUMO

La Ley de Crédito al Consumo se aplica a contratos en los que un empresario concede crédito a un consumidor mediante préstamo, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales ajenas a la actividad empresarial o profesional (arts. 1 y 2). Tal como hiciera la LGDCU, esta ley prevé sanciones administrativas por incumplimiento de sus disposiciones (art. 5), pero a diferencia de aquélla, contempla soluciones particulares para los contratos en los que se viola su normativa, y además lo hace de manera diferen-

ciada (art. 7) ²⁸, dependiendo de qué información haya sido omitida o falseada (art. 6) ²⁹.

La exigencia de una tasa anual equivalente (TAE) persigue facilitar la comparación de las ofertas del sector y consigue polarizar la competencia de cara al consumidor. Su omisión provoca una «dulcificación» de la obligación del consumidor, que queda limitada «a abonar el interés legal en los plazos convenidos». El interés no expresado mediante TAE se sustituye por el interés legal: el contenido del contrato se modifica parcialmente con una medida dispositiva que resulta beneficiosa para el consumidor.

La información referida en el párrafo B) comprende el plan de devolución del capital y de pago de los intereses, y su omisión (salvo error o inexactitud en el plazo) comporta la obligación del consumidor de pagar «el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos». Se anula así, parcialmente, el contenido contractual, y en concreto, se elimina el pago del interés, manteniéndose la obligación de devolución del principal en los plazos

²⁸ Artículo 7 LCrC: (...) En el supuesto de que el documento del contrato no contenga las menciones establecidas en el apartado segundo del mencionado artículo, se producirán las siguientes consecuencias:

A) En el caso de la mención a que se refiere la letra A), la obligación del consumidor se reducirá a abonar el interés legal en los plazos convenidos.

B) En el caso de la mención a que se refiere la letra B), y siempre que no exista omisión o inexactitud en el plazo, la obligación del consumidor se reducirá a pagar el precio al contado o el nominal del crédito en los plazos convenidos. En el caso de omisión o inexactitud de los plazos, dicho pago no podrá ser exigido al consumidor antes de la finalización del contrato.

C) En el caso de la mención a que se refiere la letra C), no podrá exigirse al consumidor el abono de gastos no citados en el contrato, ni la constitución o renovación de garantía alguna.

En el caso de que los contenidos del número 2 del artículo 6 figuren en el documento contractual, pero sean inexactos, se modularán, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor, las consecuencias previstas en las letras A), B) y C) anteriores.

²⁹ Artículo 6 LCrC:

1. Los contratos sometidos a la presente Ley se harán constar por escrito. Se formalizarán en tantos ejemplares como partes intervengan, debiéndose entregar a cada una de ellas su correspondiente ejemplar debidamente firmado.

2. Además de las condiciones esenciales del contrato, el documento contendrá necesariamente:

A) La indicación de la tasa anual equivalente definida en el artículo 18 y de las condiciones en las que ese porcentaje podrá, en su caso, modificarse. Cuando no sea posible indicar dicha tasa, deberá hacerse constar, como mínimo, el tipo de interés nominal anual, los gastos aplicables a partir del momento en que se celebre el contrato y las condiciones en las que podrán modificarse.

B) Una relación del importe, el número y la periodicidad o las fechas de los pagos que deba realizar el consumidor para el reembolso del crédito y el pago de los intereses y los demás gastos, así como el importe total de esos pagos, cuando sea posible.

C) La relación de elementos que componen el coste total del crédito, con excepción de los relativos al incumplimiento de las obligaciones contractuales, especificando cuáles se integran en el cálculo de la tasa anual equivalente, e igualmente la necesidad de constitución, en su caso, de un seguro de amortización del crédito por fallecimiento, invalidez, enfermedad o desempleo del titular.

convenidos. Aquí no se integra el contenido contractual, sino que se anula la parte contractual sobre la que no se ha informado debidamente, la referida al pago del interés, transformando así el tipo contractual en gratuito y adoptando una medida punitiva de cara al empresario. Cuando se trate de la omisión o inexactitud de los plazos, la respuesta jurídica consiste en que el prestatario pueda realizar un único pago por el importe total de la deuda (principal e intereses) cuando llegue el término final de la relación contractual.

Por fin, cuando se omite la información referida a otros componentes del coste total del crédito distintos del interés, la sanción es también la nulidad parcial. El artículo concluye con la observación de que cuando en los casos anteriores no se trate de la omisión de las circunstancias contempladas en el apartado 2 del artículo 6, sino de inexactitud, las consecuencias previstas «se modularán, en función del perjuicio que debido a tal inexactitud sufra el consumidor».

En el sector del crédito al consumo el legislador ha sido sumamente minucioso en la descripción de la información omitida o falsada y ha diversificado la consecuencia jurídica, que en alguno de los casos resulta señaladamente punitiva. En este contexto, desconcierta que la sanción elegida para la falta de escritura haya sido la nulidad (art. 6.1), pues no parece una medida pensada en interés exclusivo del consumidor, como ocurre sin duda con las demás (art. 6.2); finalmente, no está demás dejar constancia de que entre estos remedios no aparece la anulación, que es el único previsto por la legislación sobre contratación fuera de establecimiento mercantil.

La Ley de crédito al consumo apuesta por el mantenimiento del contrato mediante diferentes fórmulas: *integrar* el contenido contractual omitido mediante derecho dispositivo favorable al consumidor, o *eliminar* (nulidad parcial) el contenido contractual sobre el que no se ha informado debidamente, aunque esto suponga transformar el contrato en gratuito o impedir que formen parte del mismo otros elementos del coste total del crédito. El contrato debe mantenerse en beneficio del consumidor y en condiciones favorables para éste, tanto más favorables cuanto reprochable sea la omisión, inexactitud o falsedad de la información exigida al empresario. Hay que tener en cuenta que esta Ley se encarga del contrato con el que se financia la obtención de un bien de consumo. El hecho de que haya surgido un problema en el contrato de financiación no tiene por qué afectar al interés del consumidor en la adquisición del bien. De aquí que no parezca solución adecuada proteger el interés del consumidor en no haber contratado (anular); más bien se trata de dar una salida a la financiación que se necesita para contratar.

Lo mismo ocurre en la Ley de venta a plazos de bienes muebles (antecedente más importante de la Ley de Crédito al consumo, aunque reformada con posterioridad a la promulgación de ésta). Al fin y al cabo, regula las compraventas financiadas de muebles, y al igual que en la LCrC, lo que interesa es resolver los problemas de financiación sin poner en duda el interés del consumidor en la adquisición del bien.

En cuanto al contenido de la información exigida, la LCrC distingue entre la omisión de un «parámetro de comparabilidad» (TAE) creado por ella misma (parámetro con el que no cuentan otros muchos sectores de la contratación), la omisión de concretas exigencias de claridad en la expresión de un elemento esencial del contrato (el plan de pagos del interés), y la omisión de elementos accesorios que completan el coste total del préstamo. Lo que no resulta tan claro es por qué la omisión o falsedad en la TAE se resuelve mediante *integración*, y los demás supuestos mediante *nulidad parcial*.

3.3 DERECHO DE APROVECHAMIENTO POR TURNO

La Ley reguladora del derecho de aprovechamiento por turno exige también un contenido informativo mínimo (arts. 8 y 9) en los contratos a los que se aplica (art. 1), y prevé para el caso de omisión de «alguna de las menciones o documentos a los que se refiere el artículo 9, o en el caso de que el adquirente no hubiera resultado suficientemente informado por haberse contravenido la prohibición del artículo 8.1, o incumplido alguna de las obligaciones de los restantes apartados de ese mismo artículo, o si el documento informativo entregado no se correspondía con el archivado en el Registro», que el adquirente pueda *resolver* «en el plazo de tres meses, a contar desde la fecha del contrato, sin que se le pueda exigir el pago de pena o gasto alguno». Cuando no se trate de omisión, sino de falta de veracidad en la información suministrada al adquirente, «éste podrá (...) *instar la acción de nulidad del contrato* conforme a lo dispuesto en los artículos 1300 ss. CC» (art. 10.2).

En esta ocasión se establece un paralelismo entre omisión-resolubilidad y falsedad-anulabilidad que carece de parangón en otras normas. Si tenemos en cuenta que tanto la anulación como la resolución ponen en marcha la liquidación prevista por los artículos 1300 ss. CC, y que ambas pueden desencadenarse mediante simple declaración de voluntad extrajudicial recepticia, las diferencias prácticas de la opción se reducirán a la pretensión indemnizatoria con que se acompañen (la anulación protege —en línea de principio— el interés

en no haber contratado o interés de confianza; la resolución, el interés de cumplimiento, aunque las diferencias desaparecen en caso de dolo), y a los plazos de prescripción/caducidad de las respectivas pretensiones, tres meses para la resolución, conforme a la regla especial, cuatro años para la anulación, conforme a la regla general. Con todo, seguirían vigentes las normas generales, tanto sobre invalidez (dolo/error), como sobre incumplimiento y resolución. Y no deja de sorprender la convivencia de esta resolución especial, con prescripción de tres meses e incumplimientos predefinidos como resolutorios por la norma, con el régimen general de la resolución, que sería el aplicable a los incumplimientos no contemplados por ésta.

¿Qué hace que en el caso de omisión se proteja el interés contractual y en el caso de falsedad el interés en no haber contratado? Quizá se esté dando por supuesto que la falsedad encubre un contrato lesivo para el consumidor, y que por tanto el interés de éste no puede ser otro que el de no haber contratado. La simple omisión puede no encubrir lesión o fraude, pero la idea de resolver por incumplimientos consistentes en meras omisiones de obligaciones informativas no parece perseguir otra finalidad que no sea la de «liberarse» del contrato, para poder acudir cuanto antes a otras ofertas. Otras medidas de protección del interés positivo, como facilitar la labor de integración del contenido contractual omitido o falseado conforme a pautas dispositivas, o permitir anular parcialmente la parte contractual afectada por la falsedad, o sustituir (ya que en este caso no cabría «reparar») el goce ofertado por otro que cumpla con la información requerida, no han sido tenidas en cuenta por la norma, sin duda porque a medida que nos alejamos de la prestación de entrega de dinero las posibilidades de integración por parte del derecho dispositivo disminuyen de forma notoria. El legislador ha centrado sus esfuerzos en *liberar* al consumidor de la relación contractual a través de diversas modalidades (la resolución se regula junto al desistimiento), lo que probablemente se explique por la abundancia de fraude en el sector antes de la entrada en vigor de la norma.

Si se opta por la resolución, el consumidor podrá pretender como resarcimiento del interés positivo los gastos extraordinarios que deba realizar ahora para obtener de otro empresario una prestación similar (daño emergente), el lucro cesante por no haber podido disponer del derecho (si se prueba que se trata de una disposición cierta y onerosa), o el daño por haberse quedado sin las esperadas vacaciones (daño moral que habría que mantener dentro

de ciertos límites de sensatez, quedando a cargo de los tribunales la tarea de limitación).

3.4 GARANTÍAS EN LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO

La regulación sobre garantías en la compraventa de bienes de consumo (ahora en los arts. 114 a 127 TR) viene a complicar este panorama, al adoptar un concepto aglutinador de incumplimiento que amplía las posibilidades de confluencia entre la invalidez y el incumplimiento. Dentro del ámbito de aplicación de esta normativa (art. 115), el comprador que recibe una prestación que no sea conforme a lo previsto o previsible (dispositivamente; véase artículo 116.1.b y d TR) en el contrato, tiene a su disposición los derechos de reparación o sustitución del bien, y cuando éstos no fuesen exigibles o no se satisficiesen en un plazo razonable, los derechos de rebaja del precio o de resolución del contrato. Cuando la falta de conformidad se produzca por incumplimiento de deberes informativos, el comprador dispondrá de esta batería de remedios, pero no podrá acudir a la regulación codificada sobre responsabilidad por vicios ocultos (art. 117), y se discute vivamente que pueda acudir a la normativa sobre vicios del consentimiento³⁰.

Otras normas, como ocurre en materia de contratación a distancia o de viaje combinado, prevén un cierto contenido informativo obligatorio (arts. 97, 98, 154 y 156 TR), pero nada dicen sobre las consecuencias que se derivan del incumplimiento de estas obligaciones de información, dejando así la solución a la aplicación de las reglas generales.

Tenemos, por tanto, normas que optan por la anulación (CFEM), normas que ofrecen varias opciones, entre las que destacan la integración y la nulidad parcial del contrato (LCrC y LVPBM), normas

³⁰ FENOY PICÓN, *El sistema...*, cit., p. 247. La autora cita como principales argumentos a favor de la compatibilidad: la natural resistencia al vaciamiento progresivo de la figura del error, unida a la independencia entre los planos de la formación y del cumplimiento contractual; una cierta tendencia favorable a la compatibilidad en la compraventa en relación con los consumidores; finalmente, que no se ven razones para negar al perjudicado la posibilidad de optar entre uno y otro remedios (argumento ofrecido para justificar el art. 4:119 PECL). La autora recoge como opiniones doctrinales favorables a la compatibilidad las de NAVAS NAVARRO, GARCÍA RUBIO, ÁLVAREZ VEGA y LETE ACHIRICA. Los principales argumentos a favor de la incompatibilidad serían: que la regulación sobre garantías en la compraventa de bienes de consumo es un régimen específicamente diseñado para el problema de la entrega de una cosa con anomalías cualitativas en las ventas de consumo, que ha querido encontrar un adecuado equilibrio entre los intereses en juego; la compatibilidad permitiría burlar este equilibrio. En segundo lugar, la falta de conformidad ha pretendido ofrecer una solución global y unificada al problema de los defectos o falta de cualidades de la cosa: «el diseño de la falta de conformidad encierra la idea tácita de la conveniencia de reconducir a ella los errores referidos a las cualidades de la cosa» (p. 261).

que combinan la anulación con un tratamiento particular de la resolución (LDAT), y normas que no prevén ninguna especificidad, aceptando el juego de las reglas generales. Y como hemos tenido oportunidad de ver en materia de garantías en la venta de bienes de consumo, tampoco resulta pacífica la compatibilidad de las medidas específicas adoptadas respecto de los remedios generales. Sin duda se trata de un panorama digno de mejora.

3.5 DERECHO EUROPEO: PECL Y DCFR

3.5.1 PECL

En el marco de otras iniciativas normativas, no legislativas, dirigidas a la búsqueda de un nuevo derecho europeo de contratos, los Principios de Derecho Europeo de Contratos no han dado a las obligaciones precontractuales de información un tratamiento específico, aunque éstas aparecen ya expresamente mencionadas en la regulación del error y del dolo.

Según el artículo 4:103 PECL, el error que hace posible la anulación del contrato debe ser esencial (4:103.1.b: «la otra parte sabía o hubiera debido saber que la víctima, en caso de conocer la verdad, no habría celebrado el contrato o sólo lo habría hecho en términos esencialmente diferentes»), excusable (4:103.2.a: «la parte no podrá anular el contrato cuando, atendidas las circunstancias, su error fuera inexcusable»), el riesgo de error no ha debido ser asumido por quien yerra o asignado a éste conforme a las circunstancias (4:103.2.b), y además,

- ha de deberse a información suministrada por la otra parte (4:103.1.a.i), o
- ha de ocurrir que la otra parte conoce o hubiera debido conocer que existía tal error y dejar a la víctima en dicho error resulta contrario a la buena fe (4:103.1.a.ii), o
- ha de tratarse de un error sufrido por ambas partes (4:103.1.a.iii).

Sin ánimo de analizar ahora cada uno de sus elementos, sí parece adecuado destacar algunas notas significativas. El artículo no detalla cuándo debe entenderse que la buena fe impone el deber de deshacer el error conocido o que ha debido conocerse, y apenas dice acerca de la excusabilidad del error que requerirá atender a las circunstancias. En cuanto al requisito de que el que yerra no debe haber asumido el riesgo de error, parece referirse a un pacto (una

cláusula contractual), en tanto la mención de las circunstancias que asignan dicho riesgo puede referirse lo mismo a la asignación típica realizada por el contrato, que a la asimetría en los costes de obtención de la información, que a la conducta desarrollada durante los tratos preliminares. Finalmente, en cuanto a la esencialidad del error, resulta destacable que los PECL no se conformen con exigir que la realidad sobre la que recae el error sea decisiva como para cambiar la suerte del contrato, sino que exigen además que la contraparte supiera o hubiera debido saber tal circunstancia, como si no bastara con una esencialidad objetiva e hiciera falta enjuiciar si ha sido conocida o ha debido conocerse. Esta complicación no parece justificable, ni aparece incorporada en otras propuestas normativas (art. 3.5 UP³¹), aunque lamentablemente el DCFR haya seguido en este punto a los PECL³². Tampoco parece encajar con que la información que, proveniente de la otra parte, causa error dé lugar a la posibilidad de anular el contrato con independencia de que quepa apreciar culpa u otro título subjetivo de imputación en quien transmite dicha información (art. 4:103.1.a.i).

Con todo, si por una parte es cierto que la transmisión no culposa de información objetivamente esencial que provoca un error excusable y no asumido da lugar a la posibilidad de anular, también lo es, por otra, que para poder exigir «una indemnización por daños y perjuicios que permita volver a una situación lo más parecida posible a la que tendría de no haberse celebrado el contrato»

³¹ La regulación de éstos resulta, por lo demás, cercana a la de los PECL.

Artículo 3.5 UP (*Error determinante*):

1) Una parte puede anular un contrato a causa de error si al momento de su celebración el error fue de tal importancia que una persona razonable, en la misma situación de la persona que cometió el error, no habría contratado o lo habría hecho en términos sustancialmente diferentes en caso de haber conocido la realidad de las cosas, y:

a) la otra parte incurrió en el mismo error, o lo causó, o lo conoció o lo debió haber conocido y dejar a la otra parte en el error resultaba contrario a los criterios comerciales razonables de lealtad negocial; o

b) en el momento de anular el contrato, la otra parte no había actuado aún razonablemente de conformidad con el contrato.

2) No obstante, una parte no puede anular un contrato si:

a) ha incurrido en culpa grave al cometer el error; o

b) el error versa sobre una materia en la cual la parte equivocada ha asumido el riesgo del error o, tomando en consideración las circunstancias del caso, dicha parte debe soportar dicho riesgo.

³² MORALES MORENO explica que la «cognoscibilidad» del error (entendida como que sólo se pueda invocar el error, cuando el otro contratante conoció o pudo conocer el carácter determinante de los motivos de la parte contraria) no es adecuado «al modo de concebir el error nuestro ordenamiento, porque la relevancia del mismo no la determina el mero conocimiento por un contratante de la importancia que para la otra parte puedan tener ciertos motivos, sino el que los hechos a los que se refiere el error se hayan incorporado (explícita o implícitamente) al contrato, como presuposiciones del mismo.» (*El error...*, cit., p. 232).

se ha de probar que «la otra parte hubiera sabido o hubiera debido saber que existía error, dolo, intimidación, un beneficio excesivo o una ventaja injusta»: la indemnización del daño debe imputarse en sentido subjetivo, la anulación del contrato por error, cuando se ha suministrado información falsa, no. Cuando se trata de la omisión de información debida en virtud del principio de buena fe, es lógico preguntarse si basta con no haber observado la conducta informativa debida conforme a cierto estándar objetivizable en que se concreta el mencionado principio, o si ha de poder hacerse un juicio de reproche en términos de culpa o negligencia. En este lugar la norma calla, aunque lo razonable es que se haga referencia a un parámetro objetivo (buena fe en sentido objetivo) que no obligue a realizar juicio alguno de imputación subjetiva (buena fe en sentido subjetivo). Desde esta perspectiva, la buena fe subjetiva, aunque probada, no podría suplir la falta de cumplimiento del estándar objetivo de conducta en que se concreta la buena fe objetiva.

Por lo que respecta a la anulación por dolo y a la violación de deberes informativos, su relación resulta especialmente estrecha en los PECL, pues el artículo 4:107 sí desciende a detallar, sin ánimo exhaustivo, algunas de las circunstancias que deben considerarse para determinar cuándo, «de acuerdo con la buena fe, una parte tenía obligación de comunicar una información concreta». El precepto establece que la anulación por dolo procede cuando el consentimiento se haya obtenido, bien por medio de actuación dolosa de la otra parte, consistente en palabra o acto, bien mediante ocultación maliciosa de información que se hubiera debido comunicar de haber obrado de buena fe. Detalla, a continuación, que el actuar o el omitir son dolosos cuando su objeto es engañar; y que las circunstancias más importantes para determinar si la buena fe impone deberes informativos son: *a)* si la parte tenía conocimientos técnicos en la materia; *b)* el coste de obtener dicha información; *c)* si la otra parte podía razonablemente obtener la información por sí misma, y *d)* la importancia que aparentemente tenía dicha información para la otra parte ³³.

La anulación por dolo omisivo requiere por tanto, además de la omisión de información debida conforme al principio de buena fe, que el silencio haya sido malicioso, esto es, con intención de engañar. En cuanto a la enumeración de algunas circunstancias para determinar si existe obligación de informar conforme al principio de buena fe, lo extraño no es que los PECL hayan señalado unas cuantas, sino que lo hayan hecho en este precepto, pareciendo cir-

³³ Los UP no contienen ningún listado equiparable de elementos a tener en cuenta para considerar la existencia de una obligación de informar.

cunscribir su ámbito al del dolo (recordemos que en caso de culpa no se aportan criterios).

En cuanto a los remedios jurídicos, además de la anulación (arts. 4:103 y 4:107) y la indemnización (art. 4: 117), los PECL prevén otra vía, que ya había sido contemplada por los UP, denominada «adaptación del contrato». Según el art. 4:105.1, «cuando una parte tiene derecho a anular el contrato por existencia de error, pero la otra parte indica su voluntad de cumplir en los términos que la primera había entendido o, efectivamente, ejecuta el contrato en dichos términos, se considerará que el contrato se ha pactado tal y como lo entendió la víctima del error». Mayor interés reviste el ordinal tercero de este mismo artículo, que prevé que «cuando ambos contratantes hubieran cometido el mismo error, el juez o tribunal podrá establecer, a petición de cualquiera de las partes, la validez del contrato otorgándole el sentido que, en buena lógica, habrían acordado las partes de no haber existido el error».

Una solución no muy lejana es la ofrecida por el artículo 6:111 PECL para el «cambio de circunstancias». Aquí es un acontecimiento posterior a la contratación el que introduce un desequilibrio en el reparto de riesgos e intereses establecido por el contrato, y el que demanda una «corrección», al menos en los casos referidos por el precepto. Se trata de que una parte no pueda aprovecharse de la situación a la que ha ido a parar la relación contractual por circunstancias ni previstas ni previsibles al contratar. El artículo 6:111 detalla que el cambio de circunstancias ha de ser posterior, imprevisible y no asumido como riesgo por la parte que lo sufre; y en cuanto a la solución, emplaza en primer lugar a las partes para que emitan un nuevo consentimiento contractual, y, en defecto de éste, habilita para una reconstrucción judicial del contrato, ajustada a la realidad de los contratantes y del mercado³⁴. En el fondo, no es otra la forma de proceder de la acción *cuanti minoris*, en la que el juez debe determinar el nuevo precio que corresponda a la cosa, una vez descubierto el «vicio» que ésta padece.

En caso de insuficiencia informativa esencial, el hecho que desequilibra la posición de las partes es anterior al contrato, luego parece que debió preverse por la parte que sufre el desequilibrio, salvo que la otra parte tuviese asignado el riesgo de información. La pregunta fundamental es, por tanto, cuándo se ha de informar (cuándo se puede imputar el riesgo de información a la otra parte),

³⁴ FLUME critica «las soluciones únicas a las que se han dirigido los esfuerzos de la doctrina de la base del negocio y que, finalmente, han conducido a una simple solución de equidad», y propone que «de lo que se trata es de establecer en cada caso, para el concreto tipo contractual como *naturale negotii*, la regulación adecuada sobre la cuestión de cuál de los contratantes soporta el riesgo de realidad» (*El negocio...*, cit., p. 590).

o bien, cuándo la falta de información faculta para solicitar la revisión judicial, y es obligado reconocer que el mencionado precepto poco puede aportar para responder a esta pregunta. Lo que podemos preguntarnos es si esta revisión convencional o judicial no sería una buena solución también para los defectos informativos imputables a la otra parte (en sentido objetivo, esto es, defectos cuyo riesgo se hubiera asignado a la otra parte). Desde esta perspectiva cuasicontractual de resolución de conflictos, podría ofrecerse a la partes la posibilidad de renegociar el contrato contando con la información ignorada, y en ausencia de acuerdo, la de solicitar una adaptación judicial. El contratante protegido en su falta de información podría así seguir interesado en un contrato «corregido», que incorporase la información ignorada, para lo que hará falta una estimación o integración, convencional o judicial, de aquél. Ahora bien, ¿en qué casos conviene y/o resulta posible una solución así?

En cuanto al concurso entre los remedios previstos para el incumplimiento y para el error, por confluencia del supuesto de error con el de falta de conformidad, ya mencionábamos que los PECL dan al interesado la posibilidad de optar por unos u otros a su elección, siempre que concurran sus respectivos presupuestos, en tanto los UP han optado por dar preferencia a la regulación del incumplimiento. Los Principios Acquis no contemplan, entre los remedios por incumplimiento de obligaciones de información, la posibilidad de acudir a los remedios por error (artículo 2:207)³⁵; por el contrario, el DCFR vuelve a seguir en este punto a los PECL.

Criticando la propuesta de los PECL, desde la perspectiva de trabajo del *Acquis Group*, Grigoleit apunta que, si el problema radica en qué ocurre con el contrato que resulta perjudicial para una parte por violación de obligaciones de información de la otra, o desde otra perspectiva, cuál es el contrato que se hubiese acordado en caso de haberse informado debidamente, no se ve qué aporta el distinguir el supuesto de dolo de las otras formas de violar las obligaciones de información. En su opinión, una regulación como la de los PECL introduce un tratamiento dual de la problemática de las obligaciones de informar (con dolo y sin él) que resta claridad y que fácilmente introduce contradicciones valorativas: Así, la esencialidad del error es algo requeri-

³⁵ GRIGOLEIT, dentro del *Acquis Group*, defiende también la preferencia por los remedios de incumplimiento, pues ambos «conjuntos de sanciones» están informados por criterios valorativos que se excluyen entre sí; si hay contrato, es éste el que protege las legítimas expectativas de cada contratante («Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles», en Schultze, Ebers, GRIGOLEIT, *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 225).

do para anular por error, pero no para anular por dolo (lo que parece excluir, o al menos desconocer, la figura del dolo obstativo); sólo en sede de dolo se distinguen los elementos del supuesto de hecho de las simples recomendaciones (elementos a considerar prudencialmente); sólo el riesgo de error sin dolo es susceptible de regulación contractual; por último, siendo el comportamiento exigido el mismo (la obligación de informar), el distinto régimen se hace depender de un aspecto meramente subjetivo (el engaño), con la consiguiente inseguridad³⁶. En su opinión, hubiera resultado mucho más adecuado determinar un único criterio para todas las violaciones de obligaciones espontáneas de información, sean o no dolosas³⁷.

Finalmente, en cuanto a la conveniencia de generalizar la integración judicial como solución a estos conflictos, el autor defiende que la posibilidad de adaptación judicial debería ofrecerse para todos los supuestos de violación de obligaciones de información, y no sólo para el literalmente previsto de doble error, pues la solución indemnizatoria chocará habitualmente con que resulta sumamente difícil determinar el daño derivado de no haber contratado con la información debida. La necesidad de probar un daño hipotético aconsejará como mejor solución poner en manos de un juez la «reconstrucción» de la relación contractual que hubiese tenido lugar en caso de haberse compartido la información³⁸. No otro parece ser el sentido que cabe atribuir al artículo 65 TR.

³⁶ GRIGOLEIT, «Irrtum...», cit., pp. 209 y 210. El artículo 4:103.1.a.i permite que el contrato sea anulado por quien recibe información falsa con independencia de que pueda apreciarse culpa en quien la suministra (culpa que sí resulta necesaria para imputar los daños: arts. 4:117.1 y 4:106). Esta perspectiva, en la que la imputación del riesgo informativo no depende de un juicio de negligencia sobre la conducta del obligado a informar, resulta más apropiada para el tratamiento jurídico de las obligaciones de informar, pues lo relevante no es tanto si la violación es o no dolosa, como si el error se debe o no a la *violación de una obligación informativa de la otra parte* (frente a otras posibles fuentes de error), y ya dentro de las violaciones de obligaciones informativas de la otra parte, si se trata de supuestos de suministro de información falsa o de omisión de información debida. En el primero, resulta fácil hacer responsable de la formación de la voluntad contractual de la contraparte a quien facilitó la información falsa. En el segundo las cosas no están tan claras, porque preguntar si la información debida y no dada hubiera alterado el consentimiento contractual de la otra parte apela necesariamente a la formulación de una hipótesis o de un juicio de probabilidad. En definitiva, cuestiona si hubiera habido acuerdo, y en caso afirmativo, cuál hubiera sido el contenido de éste; todo ello contando con que se trata de información *debida* y no dada, siendo precisamente el problema básico de esta materia determinar *cuándo se debe* la información (pp. 211 ss.).

³⁷ GRIGOLEIT, «Irrtum...» cit., pág. 214. Este criterio único estaría constituido por «la relación entre el coste de obtención de la información y el coste de la liquidación (recificación) de las posiciones contractuales del legitimado y del obligado», aunque no pueda dejar de considerar otros criterios, como que el coste en obtener la información haga protegible la posición de quien ha invertido en ella, o la misma relación contractual entre las partes.

³⁸ GRIGOLEIT, «Irrtum...», cit., pp. 220 y 221.

3.5.2 DCFR

Por su parte, el DCFR propone una regulación del error y del dolo que resulta completamente deudora del planteamiento de los PECL, incluso en aspectos tan criticables como que la esencialidad del error se haga depender de que la otra parte deba reconocerla, o que los criterios sobre cuándo el principio de buena fe impone deberes de información se propongan en sede de dolo.

Ahora bien, en materia de obligaciones precontractuales de información el DCFR aporta auténticas novedades, pues les dedica no pocos preceptos en la línea señalada por los Principios Acquis, y con un contenido muy cercano al propuesto por éstos. De indudable interés, el Borrador distingue entre:

- la «Obligación de revelar información acerca de bienes y servicios en las relaciones entre un profesional y otra persona» (art. II. -3:101),
- las «Obligaciones específicas para la comercialización profesional de bienes y servicios frente a consumidores» (art. II. -3:102),
- la «Obligación de información cuando se concluye un contrato con un consumidor que se encuentre en una situación desventajosa particular» -por el medio utilizado al contratar, por la distancia existente entre profesional y consumidor, por la naturaleza de la operación- (art. II. -3:103),
- las «Obligaciones de información en caso de comunicación inmediata» (art. II. -3: 104) y las «Obligaciones de información en caso de formación contractual por medios electrónicos» (art. II. -3:105);

a continuación dedica dos preceptos, ya generales, a la «Claridad y forma de la información» (art. II. -3:106) y a los «Remedios por incumplimiento de las obligaciones de información» (art. II. -3:107).

Uno de los aspectos más significativos es, sin duda, la tipificación del supuesto de hecho atendiendo a los siguientes factores: la condición de profesional y consumidor, diversas situaciones de desventaja en las que puede encontrarse el consumidor, y la manera de efectuarse la formación contractual, inmediata o mediata.

Para cada sector delimitado según las personas que intervienen, el DCFR propone reglas que determinen el ámbito de la información debida:

- para las relaciones «profesional/otra persona», la regla de lo que ésta pueda razonablemente esperar teniendo en cuenta los

estándares de calidad y ejecución normales en las circunstancias concretas del contrato;

- para las «relaciones profesional/profesional», la regla de las buenas prácticas comerciales;

- para las «relaciones profesional/consumidor», la regla de lo que un consumidor medio necesitaría en tal contexto (atendidas las circunstancias y el medio de comunicación empleado para contratar) para tomar una decisión informada de cara a la conclusión del contrato (apartado 1; el apartado 2 prescribe un contenido informativo mínimo en caso de que el profesional no dé al consumidor la impresión de que él le da toda la información relevante de cara al contrato).

En los tres siguientes preceptos se exige y concreta un cierto contenido informativo para tres situaciones determinadas: desventaja del consumidor (por el medio utilizado para contratar, por la distancia existente entre profesional y consumidor, por la naturaleza de la operación), formación inmediata del contrato, formación contractual por medios electrónicos. No puede extrañar que los sectores elegidos coincidan con las directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores.

En cuanto a los remedios, existe una previsión específica para los casos en que el consumidor se halle en alguna de las situaciones particulares de desventaja del art. II. -3: 103, y con carácter general, se distingue según se haya llegado o no a contratar:

- En las situaciones particulares de desventaja del consumidor, el período de ejercicio del derecho a desistir no dará comienzo hasta que la información exigida haya sido dada (aunque el derecho concluya en todo caso al año de la conclusión del contrato).

- Para los casos en los que no se haya llegado a contratar, el profesional que haya incumplido las obligaciones de información será responsable de las pérdidas causadas a la otra parte.

- Si se ha llegado a contratar, el profesional quedará obligado por el contrato a lo que la otra parte haya razonablemente esperado, a consecuencia de la ausencia o incorrección de la información. Al incumplimiento de las obligaciones de información precontractuales le son aplicables los remedios por incumplimiento propios de las obligaciones contractuales (libro III, capítulo 3).

- Los remedios mencionados son compatibles con los previstos por el art. II. -7:201, sobre error.

- En las relaciones entre profesional y consumidor las partes no pueden excluir, en detrimento del consumidor, la aplicación de este artículo, o derogar total o parcialmente sus efectos.

La orientación del Borrador tiende a considerar las obligaciones de información como obligaciones contractuales, siempre que se haya llegado a contratar, y a tratar su violación como un supuesto más de incumplimiento, aunque quepa acudir también a la protección prevista para el error cuando se den los presupuestos de ésta. Cualquiera de las reglas utilizadas para determinar el ámbito de la información exigible delata una clara preocupación por proteger el interés en el contrato. Sin embargo, las reglas no se ofrecen para integrar el contenido contractual ignorado, sino para determinar el ámbito de información exigible. Finalmente, su compatibilidad junto a los remedios de invalidez (error) hace posible que sea el consumidor quien decida qué interés desea proteger, contractual o en no haber contratado.

3.6 CONSIDERACIÓN

Este breve aunque detallado recorrido normativo pone de relieve la dificultad para construir el «supuesto-tipo» que delimite el nacimiento de las obligaciones precontractuales de información. El Código civil resulta demasiado genérico: obliga a sacar factor común de los supuestos de error/dolo invalidante, vicio redhibitorio e incumplimiento resolutorio; la legislación especial, demasiado específica: cada ley desciende a concretar los datos que en cada caso deben proporcionarse por escrito al consumidor. Los PECL llegan a enumerar algunos de los factores que deberían informar el nacimiento de las obligaciones de información, pero no responden a la cuestión sobre cómo interactúan tales componentes, y con su falta de tratamiento unitario, distinguiendo las violaciones de obligaciones de informar provenientes de dolo, oscurecen la comprensión y el adecuado tratamiento del problema. El DCFR ha optado por distinguir situaciones y establecer para cada una su correspondiente regla de determinación de la información debida. Se encarga de *cuál* es la información exigible, siendo la pregunta principal, y previa a ésta, *cuándo* resulta exigible la información. En cuanto a las soluciones, distingue según se haya llegado o no a contratar: Sin contrato, la solución es la correspondiente a la *culpa in contrahendo*; si se ha llegado a contratar, se ofrecen los remedios por incumplimiento contractual, aunque se trate de obligaciones anteriores a la perfección del contrato (como hace el propio CC en los supuestos de dolo), y también los previstos para la invalidez por error. Se opta por la compatibilidad. Con todo, comprobamos que sus «reglas» y «soluciones» no resuelven los casos que se vienen proponiendo a lo largo de estas páginas, por lo que habrá que seguir

buscando. ¿Cuáles han sido las aportaciones doctrinales más importantes?

4. EL SUPUESTO DE HECHO

4.1 PROPUESTAS DOCTRINALES

La doctrina francesa ha sido pionera en la elaboración de teorías sobre la obligación de información, y hay opiniones, como la del profesor Gesthin, que pueden considerarse clásicas en la materia. Para este autor, la obligación de información se configura sobre tres pilares: el conocimiento o deber de conocimiento del deudor de la información; la ignorancia del acreedor de la información; y la legítima confianza de éste en obtener la información de aquél. La parte que conoce o debe conocer (por ejemplo, por su condición profesional) cierta información está obligada a informar a su contraparte, cuando ésta no pueda informarse por sí misma, o cuando pueda legítimamente confiar en ser informada por aquélla en razón de la naturaleza del contrato, de la cualidad de las partes o de las informaciones inexactas que hubiera proporcionado³⁹.

Son numerosas las propuestas que, siguiendo esta orientación, tratan de ordenar todos los elementos a tener en cuenta. Moreira da Silva destaca tres elementos que permiten detectar el nacimiento de obligaciones de información: la esencialidad (no sólo utilidad) de la información; la asimetría informativa; y la especial necesidad de protección de la parte no informada, cuya ignorancia ha de ser conocida o cognoscible por la parte obligada a informar. Para evitar el excesivo alcance al que podría llegarse desde estos parámetros, la autora recurre a la noción de *exigibilidad* de la obligación de informar, que utiliza a modo de cedazo con el que excluye supuestos «razonablemente no protegibles», como el del acreedor de la información que no ha cumplido con la carga de autoinformarse que le sea exigible (es en esta sede de autoinformación en el que la autora analiza la imposibilidad o dificultad extraordinaria para informarse, el tipo de relación entre las partes o los principios que deben regir las relaciones lego-profesional), el del deber de secreto sobre la información (información personalísima), el de la información obtenida utilizando una diligencia extraordinaria, u

³⁹ GESTHIN, *La formation du contrat*, 3^a ed., París, 1993, núm. 626 ss.

otros supuestos en los que concurra alguna otra circunstancia de significativa relevancia ⁴⁰.

Un ejemplo perfeccionado de construcción de un «tipo general» para las obligaciones de información es el propuesto por la profesora Gómez Calle, quien entiende que en materia de obligaciones precontractuales de información hay que acudir a tres fuentes de datos: los supuestos legales, el principio de buena fe y el principio de óptima utilización de los recursos económicos. En cuanto a los primeros, el panorama legislativo resulta hoy mucho más rico que cuando la autora proponía sus reflexiones en 1994, y en este trabajo se ha dado cuenta del mismo. Por su parte, el principio de buena fe exige considerar que no basta una mera desigualdad informativa para que nazcan las obligaciones de información, sino que hace falta una razón suficiente que justifique que la «protección informativa» de una de las partes deba recaer sobre la otra. Para acreditar dicha razón habrá que tener en cuenta:

- que la ignorancia o falsa representación del acreedor de la información esté justificada o sea excusable (si ha habido dolo o culpa por parte del deudor de la información; si éste ha despertado la confianza de aquél por su comportamiento o por su condición de profesional);
- que el obligado a informar conozca (o hubiera debido conocer obrando con la diligencia que le es exigible) la información de la que el otro carece;
 - la importancia de la información de cara a la contratación;
 - la reconocibilidad de la ignorancia o equívoco ajenos;
 - y finalmente, los estándares legales de protección de la parte más débil (protección del consumidor).

En virtud del principio de óptima explotación de los recursos económicos, habrá que considerar también:

- si la información es costosa o no;
- si el coste de acceso a la información es igual o desigual para las partes;
 - si el obligado a informar puede cobrarse (prima de confianza) o no el coste que le suponga obtener la información, y
 - si la información hace que el objeto del contrato sea más o menos valioso ⁴¹.

⁴⁰ MOREIRA DA SILVA, *Da responsabilidade pré-contratual por violação dos deveres de informação*, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 131 ss.

⁴¹ Para ordenar todos estos factores, la autora distingue (*Los deberes...*, cit., p. 87) entre «datos que derivan de circunstancias que afectan al sujeto que ha de ser informado» (formulación de preguntas, imposibilidad de autoinformarse, legítima confianza suscitada por el otro contratante o por datos objetivos de la realidad: relación personal, naturaleza del

Los límites más importantes a la obligación de informar surgida conforme a estas pautas estarían representados por las nociones de «obligación de autoinformarse», «esfera personalísima» e «información obtenida de forma costosa»⁴².

No hay duda de que la enumeración de componentes para el supuesto de hecho resulta prácticamente exhaustiva⁴³. La dificultad consiste en descubrir cómo combinan estas piezas, si se excluyen, se ayudan, son de valor indiciario o definitivo, o en qué circunstancias o combinaciones adquieren un valor u otro: si existe una jerarquía, o una tipología, o un auténtico sistema móvil.

Esta complejidad queda eludida si nos atrevemos a optar por un criterio único. Es el intento de Rehm, que hace descansar todo el peso de la fundamentación de las obligaciones espontáneas de información (debidas con independencia de la condición y del comportamiento de las partes) en la circunstancia de que exista o no *contraprestación* para quien asume el riesgo de información. El autor recalca una idea que, con matices, parecen aceptar prácticamente todos los estudiosos del tema: la de que sólo cuando una parte adolece de un déficit informativo relevante, y *la contraparte debe hacerse cargo de él*, puede existir una obligación de informar a cargo de ésta. Por ello, la regla general en materia de atribución

contrato, informaciones proporcionadas –publicidad, falsedades–), «datos que derivan del sujeto que ha de informar», y «datos relacionados con las características del contrato a celebrar» (complejidad, novedad y riesgo; intereses contrapuestos o fin común de ambas partes).

⁴² GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, Madrid, La Ley, 1994. La autora sintetiza su postura en pp. 131 ss.

⁴³ Propuestas hay bastantes más. ROJO AJURIA recoge algunas de las más interesantes (*El dolo...*, cit., pp. 262 ss.): Para Grissi (*L'obbligo precontrattuale di informazione*, Nápoles, Jovene Editore, 1990, p. 126), sólo a través de una compleja operación que analice la naturaleza del negocio a concluir, la cualidad de la información a adquirir, los eventuales costes a soportar para tal fin, las condiciones socio económicas de las partes, el grado de profesionalidad y de competencia de que estén dotadas, etc., podría determinarse si es legítima o no la adopción de medidas de tutela de la parte más débil. Keeton («Fraud-Concealment and Non-Disclosure», en *Texas Law Review*, diciembre 1936, pp. 34 a 37) destaca como factores determinantes de la existencia de deberes de información: la diferencia en el grado de inteligencia de las partes; la relación que existe entre las partes; la forma en que la obligación se ha adquirido; la naturaleza del hecho no revelado; la clase general a la que pertenece la parte (comprador o vendedor); la naturaleza del contrato; la esencialidad del hecho no revelado; el tipo de daño que se puede sufrir con la no revelación; y la conducta de la persona con conocimiento del hecho no revelado. Otros autores hacen mayor hincapié en que la valoración de los «factores relevantes» debe partir de que la regla general en esta materia es la de no reconocer obligaciones de información, por lo que su estudio adopta la perspectiva de la justificación de excepciones. Calamari enumera como excepciones (*Contracts*, St. Paul, 1987, pp. 366 a 371): que una parte esté en posesión de cierta información a la que la otra parte sólo podría acceder con costes extremadamente altos; la ocultación positiva de información o revelaciones parciales de la verdad; la idea de garantías implícitas, como por ejemplo, que el vendedor sea «garante» de los vicios ocultos de la cosa, conforme a la regulación codificada de los vicios redhibitorios; la naturaleza del contrato y las relaciones entre las partes; la deseabilidad de una amplia obligación de información salvo la adquirida con algún tipo de coste.

del riesgo de información sólo puede ser la de la carga de autoinformarse. Y las excepciones a la regla general pueden surgir por dos motivos: por el propio contrato, que de manera explícita o implícita puede obligar a una de las partes a hacerse cargo de los intereses de la otra, o con otras palabras, que puede asignar el riesgo de información de una parte a la otra; o por la necesidad de corregir, allá donde exista, un desequilibrio notorio de poder informativo en la contratación, desequilibrio que el mercado no permite paliar y que hace razonable la adopción de una medida de protección que consista en que un contratante sea acreedor frente a su contraparte de cierta información, siempre que lo justifique el «estado de necesidad», tanto económico como informativo, de aquél (el mismo autor duda, sin embargo, de que en estos casos la protección mediante información resulte verdaderamente eficaz). La cuestión es, precisamente, hallar el fundamento último de ese «desequilibrio estructural» que hace nacer las obligaciones de información ⁴⁴.

Entre los posibles fundamentos, Rehm se plantea si la protegibilidad del consumidor fundamenta por sí sola, de forma suficiente y autónoma, las obligaciones de información; y entiende que el déficit de información (presumible al consumidor) es un fenómeno demasiado común y universal para que sirva sin matices de fundamento. Esto se pone de relieve si se considera que, por una parte, va demasiado lejos (porque se informa también a los que no necesitan la información), y por otra, resulta demasiado corto (pues no son sólo los consumidores los que pueden adolecer de falta de información). Lo verdaderamente decisivo, más que la simple condición de consumidor de una de las partes o que la mera constatación de que existe cierta asimetría informativa, es el hecho de que en la relación contractual concurren un consumidor y un profesional, y que el plan normativo contractual imponga a éste el riesgo de información de aquél. Al fin y al cabo, el profesional debe conocer el producto o servicio que comercializa, puede estimar lo que le cuesta esta información y distribuir el coste entre sus clientes. Lo decisivo es que la razón para asignar el riesgo no puede ser *sólo* la condición de consumidor, menos aún cuando la relación jurídica esté caracterizada por la contraposición de intereses y el consumidor tenga posibilidad de informarse por sí ⁴⁵.

Tampoco la condición de profesional de una de las partes justifica de forma automática que ésta deba convertirse en garante de los intereses de la contraparte. Otra cosa es que no pueda defraudar

⁴⁴ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 120 ss.

⁴⁵ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 152 ss.

la confianza que, en su condición de profesional o experto, haya despertado legítimamente en la otra parte, dada la relación jurídica que les une. En efecto, en ocasiones es la confianza que una parte despierta o hace despertar en la otra, la que hace que ésta pueda esperar legítimamente de aquélla la información que le ayuda a conocer mejor la realidad sobre la que incide el contrato. La cuestión es si esa confianza se encuentra jurídicamente justificada, si se ha despertado de forma legítima por parte de quien espera la información, lo que dependerá, en primer lugar, de la relación contractual que les una, y en segundo lugar, del comportamiento expreso o tácito del potencial deudor de la información ⁴⁶.

Como las obligaciones de información posibilitan que la parte informada pueda considerar mejor sus intereses, alguien podría deducir que en el fondo son un factor decisivo para mejorar la justicia contractual material, que sería así su fundamento último. Y aunque resulte cierto que a mayor conocimiento se corresponderá un mejor ejercicio de la autonomía, lo que no está nada claro es que sea una parte, la obligada a informar, la que tenga que encargarse de la justicia material de un contrato que contrapone los intereses de las partes, como si además de considerar su propio interés tuviera que convertirse en garante del interés general. La cosa cambia, naturalmente, cuando el contrato no enfrente los intereses de las partes ⁴⁷.

Finalmente, la propuesta del autor es que el fundamento último de las obligaciones precontractuales de información lo constituye el hecho de que al deudor de la información se le remunere «típicamente» por su prestación informativa, y resulte así compensado por la asunción del riesgo de información de la contraparte. El reconocimiento de una obligación de información supone asignar a una parte contractual el «riesgo de información» de la otra, y lo normal para que esté dispuesta a asumirlo es que se encuentre en disposición (en situación contractual) de ser remunerada por ello, con otras palabras, que pueda ser típicamente remunerada por ello. La pregunta por las obligaciones precontractuales de información no puede plantearse al margen del contrato; por el contrario, sólo

⁴⁶ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 226 ss. El comportamiento de una de las partes, que puede interesarse con preguntas, o dejarse aconsejar, puede introducir en la relación contractual o precontractual aspectos de asesoría o consejo que constituyen por sí mismos una nueva «prestación». El contratante con información puede negarse a responder o a aconsejar antes de haber acordado una relación jurídica y haber pactado una contraprestación por ello, o puede informar, arriesgándose a que la otra parte no llegue finalmente a contratar con él. Lo que no puede hacer es omitir la información demandada, cuando ésta hace que el contrato sea inútil para la otra parte, y ello sea conocido o debido conocer por aquél

⁴⁷ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 182 ss.

puede responderse después de analizar el reparto del «riesgo de información» que realice la norma contractual, distinguiendo el contrato que contrapone los intereses de las partes del que obliga a una de ellas a considerar los intereses de la otra, y en íntima relación con esto último, distinguiendo según la obligación del «presuntamente obligado» a informar sea de medios o de resultado. La tesis es, por tanto, que cada contrato responde a ciertos criterios de imputación del «riesgo de información», y que lo decisivo en esta materia consiste en descubrirlos, hacerlos explícitos para cada relación contractual, y respetarlos, o pactar expresamente sobre ellos.

Si la regla es que habrá que estar a la asignación contractual del riesgo de información, puede servirnos de ejemplo el de la compraventa codificada (paradigma de los contratos sinalagmáticos de intereses contrapuestos), en la que el «estándar» de diligencia informativa está representado por la prohibición de engaño y la responsabilidad por vicios ocultos. En los casos de dolo y de vicios ocultos la asignación del riesgo de información es clara. Otros supuestos podrán resolverse mediante la teoría del error, o como supuestos de incumplimiento. Finalmente, habrá que tener en cuenta algunos factores que podrían provocar desviaciones respecto de la regla general: los contratos con riesgos conocidos y asumidos –comprar en el rastro–, las posibilidades de autoinformación del presunto acreedor de la misma, o el haber asignado una contraprestación separada por la información (siendo indicios para determinar si se ha acordado una contraprestación específica para la prestación de información: la publicidad, el precio de mercado, la responsabilidad profesional, la confianza suscitada...) ⁴⁸.

4.2 FACTORES PARA ELABORAR EL SUPUESTO DE HECHO

No se puede cuestionar que en ocasiones una única circunstancia (referida al contrato, a la condición o al comportamiento de las partes) puede ser suficiente y decisiva para entender nacida una obligación de informar; y que en otras, la misma circunstancia, en combinación con otros elementos, ya no resulta definitiva, sino meramente indiciaria. Consideremos algunas de ellas:

– La condición de consumidor: La concurrencia de un consumidor puede bastar para entender nacidas ciertas obligaciones informativas de la contraparte (art. 60 TR), pero sin duda la situación cambia dependiendo de que nos hallemos en un ámbito del

⁴⁸ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 235 ss.

mercado sometido a las exigencias del etiquetado, en otras relaciones frente a profesionales, en relaciones entre particulares, o en otros ámbitos dignos de consideración (compárese la compraventa efectuada en unos grandes almacenes respecto de la realizada en un mercado de frecuencia semanal, o en un mercadillo de ocasión), y desde luego, la mera condición de consumidor no obliga a la otra parte a velar por sus intereses (salvo en el marco de una relación jurídica en la que ésta se obligue a ello o le obligue la ley). El DCFR resulta en este punto especialmente significativo, pues distingue las relaciones entre profesional/otra persona, profesional/profesional, profesional/consumidor y profesional/consumidor que se encuentra en alguna situación particular de desventaja.

– El dolo: No parece que el geólogo de nuestro ejemplo esté obligado a informar espontáneamente que presume la existencia de un filón de oro en el terreno que quiere comprar; pero si resulta preguntado expresamente por el vendedor sobre este punto no podrá dar una respuesta falsa sin que el contrato resulte anulable por dolo. Puede eludir la pregunta (si entendemos que no tiene obligación de informar su omisión no podría considerarse reticencia dolosa), u ofertar un precio por emitir un informe sobre el terreno, pero no mentir sin afectar a la validez del contrato.

– El coste de la información: Se acepta que la información no costosa que puede influir en la formación del consentimiento contractual de la contraparte debe ser comunicada; pero ya en concreto, ¿cuál es la información que Sempronio está obligado a dar a Cayo sobre la vivienda? ¿Está obligado a informar acerca de la carretera *porque dicha información no le ha costado nada*, o *por ser Cayo consumidor y Sempronio empresario*, o sólo *porque Cayo ha preguntado* por ello en los tratos preliminares o resulta de las conversaciones que una carretera haría perder el interés de éste en la vivienda? Sin duda, la «gratuidad» de la información puede jugar a favor de que ésta se transmita, pero de ello no puede deducirse sin más que toda información no costosa deba transmitirse, ni que toda información costosa quede sustraída del deber de transmitir. El vendedor que gasta una considerable suma en el peritaje de una obra que considera de Monet, y descubre que se trata de una mera imitación, podrá pretender incluir el coste de la información en el precio, pero finalmente será el mercado el que determine éste, sin tener en cuenta aquél. Sin embargo, el comprador que sabe que se vende un Monet a precio de ganga puede no estar obligado a revelarlo, y no sólo cuando haya pagado por saberlo, sino probablemente también cuando lo sepa por casualidad, pues no será nada

fácil determinar en qué caso nos hallamos. Luego el dato sobre el coste de la información puede influir en el reconocimiento de las obligaciones de información, pero no siempre es el dato más decisivo, ni actúa siempre de la misma manera.

Este último ejemplo pone de relieve un aspecto decisivo en el juicio sobre la procedencia del reconocimiento de obligaciones de información, que en materia de error suele considerarse en torno al requisito de esencialidad, como es el papel más o menos relevante que juega el elemento sobre el que recae la información en la economía contractual. Podríamos afirmar que parece lógico obligar a informar espontáneamente sobre aspectos «esenciales» del objeto y finalidad económica del contrato (en nuestro caso, los directamente vinculados a la funcionalidad del objeto de la compraventa, la vivienda), pues sobre ellos descansa el consentimiento contractual. Por el contrario, los otros factores objetivamente menos esenciales, como puede ser la mayor o menor tranquilidad de una vivienda (salvo que el ruido cuestione la habitabilidad de ésta, como puede ocurrir con la cercanía de un aeropuerto, o de una discoteca; con todo, en estos supuestos los «vicios» son aparentes, a no ser que se hayan ocultado), no parece que reclamen una obligación espontánea de informar, por lo que ésta sólo surgiría si en los tratos preliminares el comprador revela la importancia que para él adquiere este aspecto.

Con todo, en ocasiones no será fácil determinar el ámbito de la esencialidad: Si el vendedor de un atractivo ático sabe que la caldera central del inmueble no consigue que la temperatura del mismo suba de los 18 grados centígrados en invierno, y no lo dice al comprador que se encapricha del mismo en el mes de junio, ¿qué protección le asiste a éste cuando compruebe, en noviembre, que necesitará un gasto suplementario para acondicionar térmicamente el ático? No será difícil aceptar que el vendedor debió informar sobre esta circunstancia, porque ésta afecta de forma decisiva a la habitabilidad de la vivienda (al menos en Madrid, no así en otras localidades más cálidas) y a la economía del contrato (el comprador cuenta con que el gasto de calefacción central incluido en la cuota de la comunidad de propietarios sea suficiente para el acondicionamiento térmico del inmueble). El dato, por tanto, parece esencial; pero, ¿protegemos al comprador como si se tratara de un supuesto de «vicio oculto», dándole la posibilidad de redhibir el contrato o conseguir una rebaja del precio; o como al contratante que resuelve por falta de conformidad (dado que será difícil que prosperen la reparación o la sustitución)? O bien, ¿no podría considerarse como un supuesto de *dolo incidental*, en el que el vendedor queda obligado a reparar los daños, sin

reconocer al comprador un derecho a liberarse del contrato? O complicando un poco más el supuesto, ¿con cuántos grados más dejaría el defecto de ser esencial, o, siéndolo, dejaría de ser un problema de validez o de incumplimiento resolutorio, para pasar a ser un problema de cumplimiento defectuoso o de daño por dolo incidental? Obsérvese que la indemnización con mantenimiento del contrato y la reducción del precio por la acción estimatoria provocarían una solución parecida, pues ambas consideran lo que le cuesta ahora al comprador realizar la reforma necesaria para conseguir el bienestar térmico habitual en viviendas de la calidad de la comprada. La resolución y la redhibición llevarán también a resultados patrimoniales similares. La cuestión, por tanto, está en decidir si resulta razonable que el comprador pueda optar por proteger su interés en no haber contratado o en haberlo hecho conociendo el problema que se ha puesto de relieve con posterioridad; o con otras palabras, si resulta razonable permitirle deshacer el contrato, o sólo reajustarlo, compensando así el daño causado.

Se tiende a elevar a norma que lo esencial debe revelarse; lo no esencial, sólo dependiendo del comportamiento de las partes, o cuando la ley lo exija por la condición de consumidor de una de ellas y de profesional de la otra. Pero ya se ha puesto de relieve que esta regla tampoco puede ser absoluta, pues entonces el geólogo o el experto en arte de nuestros ejemplos estarían obligados a informar espontáneamente, y si la compraventa del Monet es atacable, ¿qué impediría impugnar el contrato de quien compra un terreno, arriesgándose a que sea recalificado como urbanizable? ¿No es un supuesto equiparable al del Monet, siendo en este caso el experto un especialista en el mercado inmobiliario? ¿Qué distinguiría el desconocimiento de la autoría de un cuadro respecto del desconocimiento acerca del funcionamiento de la legislación y del mercado en la formación de los precios? Cosa distinta es que se permita la impugnación del contrato en el que la parte informada ha gozado de información privilegiada. Pues bien, ¿qué es lo que hace tan difícil aceptar que en estos casos se deba revelar la información, a pesar de hallarnos dentro del ámbito de la regla del «deber de revelar lo esencial»?

Este importante factor es la posibilidad de que el obligado a informar pueda o no recuperar el gasto invertido en obtener la información, o más sencillo, *aprovechar la información*, porque se lo permita su posición en el contrato. Desde esta consideración, si por una parte es cierto que el valor del terreno es esencial y la compraventa descansa sobre este presupuesto, por otra, el geólogo al que se obliga a revelar su conocimiento no podría «cobrar» la información que emita sobre el valor del terreno, pues no es él quien fija

el precio, ni puede obligar al vendedor a que le pague la tasación, o a que proceda a una venta más «justa» después de haberle dado la información sobre el terreno. E incluso cuando no sea onerosa la obtención de la información que da ventaja sobre la otra parte (caso M-30), ¿por qué no iba a poder aprovecharse cierta información «en perjuicio» de quien la desconoce, cuando el dato ignorado es suficientemente accesible también para éste y no ha sido aquél quien ha causado la ignorancia?

La idea de que es el propio contrato el que asigna o distribuye determinados riesgos, entre los que se encuentra el riesgo de información es una idea muy sugerente que ya servía hace años a Morales Moreno para resolver los problemas planteados por el «riesgo de error». En su magnífico estudio sobre éste, llegaba el autor a la conclusión de que el problema del error puede ser objetivado, en nuestro Derecho, a través del contrato, dejando de ser un problema de defecto o vicio de la voluntad, para manifestarse como una alteración en la organización de intereses que realiza cada contrato ⁴⁹. Desde esta perspectiva, es el propio contrato el que establece en cada caso qué riesgos de defectuosa información van a merecer consideración jurídica y cuáles no, para encargarse a continuación de la distribución, entre los contratantes, de ese riesgo.

Precisamente por esta cercanía en el planteamiento, y por lo provechoso que ha resultado en el ámbito del error, resultaría poco razonable ignorar la ordenación interna que propone Morales Moreno para tratar del error, distinguiendo entre un factor objetivo (el ámbito de realidad sobre el que debe recaer el error para resultar esencial/relevante), un factor ético (de valoración de la conducta de las partes) y un factor económico (de valoración de las consecuencias económicas), como elementos a tener en cuenta de cara a la correcta valoración de cada supuesto ⁵⁰.

4.2.1 *El factor objetivo*

En cuanto al factor objetivo, el autor señala que «la consideración de la realidad sobre la que se asienta y actúa el contrato forma

⁴⁹ MORALES MORENO, *El error en los contratos*, Madrid, Ceura, 1988, p. 202.

⁵⁰ MORALES MORENO, *El error...*, cit., p. 197. En otro lugar distingue entre criterios estrictamente jurídicos y económicos; entre aquéllos, de justicia conmutativa (valoración de la conducta de las partes para ver a cuál de ellas debe ser imputado el error: excusabilidad, imputabilidad, valoración ético-jurídica de la conducta de los contratantes) y de justicia distributiva (naturaleza típica de las relaciones: considerar si hay base estadística que oriente la imputación hacia una de las partes, o la necesidad de corregir un desequilibrio institucional entre las partes que intervienen en un determinado tipo de relaciones, asignación de riesgo que implica una garantía, como ocurre con el saneamiento por vicio oculto).

parte del mismo, en la medida en que es tomada en cuenta en la organización de intereses que éste realiza. El error supone una falsa representación de esa realidad», y es jurídicamente relevante sólo «si se refiere a elementos que puedan ser considerados presuposiciones del contrato». Desde esta perspectiva, la esencialidad (relevancia jurídica) del error dependerá de que recaiga sobre las presuposiciones del contrato, y otro tanto podría decirse de la información que no se tuvo al contratar. Para determinar las presuposiciones del contrato habrá que tener en cuenta, en defecto de la voluntad expresa de los contratantes:

1. En primer lugar, la ley, pues siempre que ésta establezca deberes informativos estará delimitando el ámbito de las presuposiciones contractuales;

2. En segundo lugar, el contrato elegido, con su forma «típica» de asignar riesgos y proteger intereses;

3. En tercer lugar, el comportamiento de las partes en los tratos preliminares, que puede hacer que otras circunstancias (motivos) adquieran «relevancia en la organización contractual de intereses». Para valorar «cuándo los propósitos de una parte se han convertido en presuposiciones del contrato» habrá que acudir al principio de buena fe, que a su vez remite a un arquetipo de conducta por el que las manifestaciones de las partes serán enjuiciadas según:

- a) el «modo normal de ver las cosas» al celebrar el contrato,
- b) los criterios normales de entender o valorar la realidad, y
- c) la condición de las personas implicadas (profesionales o no);

4. En cuarto, los usos sociales, cuando establezcan la manera ordinaria de valorar y entender las cosas, pues en un contexto en el que cabe esperar razonablemente que la otra parte actuará conforme al uso establecido, quien quiera apartarse de éste deberá advertirlo: se ha de informar sobre aquello que se aleja significativamente del uso habitual, porque éste ha devenido en presuposición por su tipicidad social;

5. Finalmente, el autor propone como criterio legal ex artículo 1289 CC que la ausencia notoria de reciprocidad en los contratos onerosos puede llevar a presumir la existencia de error esencial, pues no es razonable pensar que una parte haya querido un pacto que resulta notoriamente desfavorable para ella ⁵¹.

⁵¹ MORALES MORENO, *El error...*, cit., pp. 206 ss. Este criterio interpretativo se acerca significativamente a la *unconscionability* anglosajona, o a la, para nosotros mejor conocida –por rechazada–, rescisión por lesión, por lo que deberíamos observar con suma cautela este «error objetivamente deducido de la desproporción entre las prestaciones», dado el criterio restrictivo de nuestro codificador en materia de rescisión por lesión.

En este contexto debemos plantearnos si el conocimiento del mercado, de los precios y de las variables que intervienen en las fluctuaciones de éstos, es una presuposición del contrato, sobre la que cierta ignorancia podría resultar relevante. Y no creo que haya inconveniente en aceptar que, efectivamente, puede ser, y habitualmente será, una presuposición contractual. Lo que ocurre es que, en una economía de mercado, los riesgos por desconocimiento del mercado, aunque recaigan sobre una presuposición contractual, son difícilmente imputables a la otra parte en los contratos que contraponen los intereses de las partes.

El factor objetivo es decisivo para restringir el ámbito de las obligaciones de información a aquellos aspectos de la contratación que puedan considerarse presuposición de la misma, o que hayan devenido tal durante las negociaciones. Pero hay que seguir adelante, porque la esencialidad del error (el que recaiga sobre las presuposiciones del contrato) o de la información omitida no es suficiente para entender justificada la protección de quien yerra/ignora.

4.2.2 *El factor ético*

La justa distribución del riesgo de error se ha llevado a cabo, en la práctica, «utilizando criterios éticos: tomando en cuenta y valorando (según ciertos moldes típicos) la conducta de ambas partes contratantes»⁵². Desde esta perspectiva, el error imputable a quien lo sufre debe ser soportado por él; en tanto que, si imputado a la otra parte (por contrato, por ley, por conducta influyente, por confianza razonablemente suscitada), suele justificar la protección de aquél. En el contexto de una relación contractual que enfrenta los intereses de las partes (lo que significa que corresponde a cada cual velar por su propio interés), el error puede imputarse al otro contratante básicamente por dos motivos: porque lo ha provocado (pudiendo exigirse la imputación subjetiva –dolo o culpa– de la conducta, o bastando que la conducta haya causado razonablemente el error⁵³), o porque en el caso concreto el principio de buena fe impone el deber de deshacer el error que se ha conocido o debido conocer. Para valorar adecuadamente el alcance del principio de buena fe se suelen considerar numerosos factores, entre los que destacan el tipo contractual (de intereses contrapuestos o no), la condición (consumidor/profesional) y el comportamiento de las

⁵² MORALES MORENO, *El error...*, cit., p. 217.

⁵³ Así ocurre también en la *innocent misrepresentation* anglosajona.

partes, pues son éstos los datos decisivos de cara a la asignación del riesgo de error o de falta de información entre los contratantes.

La relación entre estos elementos no es cuantitativa (de forma que la suma de un número suficiente de ellos haga nacer automáticamente la obligación de informar), ni siquiera homogénea: algunos pueden ser por sí decisivos, pero no siempre; otros, para serlo, necesitan ponerse en relación. Esta circunstancia tiene que ver con que hay factores de imputación que tienen en cuenta la situación de ambas partes, ya que consideran globalmente el conflicto de intereses planteado (así ocurre con el tipo contractual, o con la circunstancia de que el informado pueda aprovecharse de la información gracias al contrato), en tanto otros apuntan una circunstancia desde una perspectiva unilateral.

Así como el factor «tipo de contrato» es siempre un dato objetivo que tiene en cuenta la posición jurídica de ambas partes, otros factores, como la condición de «profesional» o «experto» de una de las partes, introducen, cuando son considerados aisladamente, una perspectiva unilateral, que debe ser adecuadamente contextualizada. Que una parte sea «profesional» no puede constituir un dato definitivo para imponerle un riesgo que no haya asumido contractualmente (salvo que la ley se lo imponga de manera imperativa, o que con su comportamiento haya despertado una legítima confianza en la otra parte): Si en el curso de una conversación sobre inversiones alguien encarga a un intermediario financiero una determinada operación, esperando que éste le oriente, aconseje o disuada, pero el intermediario se limita a realizar el encargo, del que resulta una notable pérdida, a nadie se le ocurre pensar que éste deba soportar la pérdida porque estuviera obligado a advertírselo, ya que en ningún momento se le contrató para asesorar la inversión, sino para realizarla. El inversor albergaba la esperanza de que éste le asesorara, pero sin una relación jurídica que fundamente esta labor de asesoramiento, y su correspondiente contraprestación, no hay causa jurídica que respalde la legitimidad de dicha confianza. La mera condición de experto, sin una relación jurídica que justifique el asesoramiento, no sería suficiente para despertar una confianza legítima. Tampoco puede defenderse que el principio de buena fe imponga en este caso un deber de asesorar, salvo que fueran las propias palabras, o el comportamiento, del intermediario las que hubiesen dado pie a la otra parte para arriesgarse a realizar la inversión. Incluso en el marco de una relación jurídica de confianza ha podido tratarse de una operación desafortunada en la que habría que valorar, sobre todo, si el profesional había advertido suficientemente a su cliente acerca del riesgo que asumía. Para valorar cuán-

do un comportamiento puede despertar razonablemente (en sentido jurídico) una confianza legítima en recibir información esencial resulta necesario acudir a un parámetro objetivo de comparación que considere la situación concreta planteada: lo que un buen padre de familia (la persona prudente –sensata, razonable– que está acostumbrada a velar por intereses que son a la vez individuales y colectivos) hubiera podido deducir en la situación concreta del comportamiento enjuiciado.

Por todo ello, el dato de que una de las partes sea un experto debe ir ligado a otros datos para poder atacar el contrato por falta de información (salvo que el experto/profesional tenga, por el mero hecho de serlo, obligación legal de otorgarla), como la concurrencia de un tipo contractual que obligue a aquél a asesorar o a velar por los intereses de la otra parte, o que sea el comportamiento del experto el que haya razonablemente despertado en la otra parte la legítima expectativa de resultar informado, precisamente por su condición, o que el consumidor haya requerido algún dato sobre el bien o servicio que no pueda denegarse sin deslealtad por parte del experto.

Otros datos pueden parecer definitivos. Por ejemplo, resulta difícil dejar de suscribir que «la buena fe obliga a no aprovecharse del error del otro contratante cuando éste es conocido o debió conocerse (desplegando la diligencia a la que obliga la buena fe)», y que por ello, en el ámbito de las presuposiciones del contrato (hechos significativos para la organización contractual de intereses, cuya falsa apreciación provoca una alteración de la misma), los contratantes deben colaborar para que la regla contractual se asiente sobre bases fácticas verdaderas⁵⁴. Sin embargo, en páginas precedentes se ha puesto de relieve que no está claro que la buena fe imponga el deber de revelar información esencial, desconocida para la otra parte,

- cuando se ha realizado un gasto considerable en obtenerla;
- cuando la única forma de aprovechar la información sea no revelarla, pues si no pudiese aprovecharse, nadie se interesaría en descubrirla;
- cuando la otra parte pudo conocerlo por tratarse de mercancía propia, pues en tal caso nada impide que se haya conocido su valor;
- cuando es el propio contrato de compraventa el que asigna el riesgo sobre el valor de la cosa al vendedor (salvo pacto o disposición legal en contrario).

⁵⁴ MORALES MORENO, *El error...*, cit., pp. 229 ss.

Por ello, y para procurar una perspectiva bilateral, el factor ético considera también la conducta del contratante que posee la información que la otra parte ignora, pues, como se ha puesto de relieve, no basta con que la situación de una parte sea «protegible», sino que debe resultar razonable que sea la otra parte quien corra con el riesgo de información de aquélla, y para esto hace falta que sea ésta quien haya provocado la ignorancia, o quien haya debido deshacerla. Fuera de estos dos casos rige la regla general: la carga de autoinformarse. Si la provocación del error no tiene por qué ser subjetivamente imputable, esto es, si no es necesario que el contratante que proporciona la información falsa o errónea haya sido negligente en su obtención o en su transmisión, el criterio de atribución del riesgo resulta esencialmente objetivo. El supuesto de omisión plantea mayor complejidad, pues exige determinar cuándo y en qué medida se está obligado a revelar cierta información en el contexto de una relación jurídica que contrapone los intereses de las partes, y para poder responder a esto se deben analizar ciertos factores, entre los que hemos destacado el tipo contractual, la condición y el comportamiento de las partes: la omisión no debería chocar con la conducta esperable en un contratante honesto, dado el tipo de contrato y la asignación de riesgos que éste realiza, la condición y el comportamiento concreto que haya observado al contratar.

4.2.3 *El factor económico*

En cuanto al factor económico, se ha puesto de relieve que el coste de la información no es un dato que pueda considerarse con independencia del tipo contractual. Un vendedor tiene posibilidad de incorporar el coste de la información al precio de la cosa, al contrario de lo que le ocurre al comprador, luego su posición no es equiparable. Sin embargo, en cuanto a la información sobre el mercado, o mejor, sobre su posición estratégica (alcista o bajista) en éste, ambos están interesados en no revelarla.

Por otra parte, en ocasiones no será posible conocer si la información ha sido costosa, por lo que no parece prudente hacer depender la solución al problema de un dato que, aunque importante, podría no llegar a determinarse; otra cosa es que, si conocido, pueda asignársele un papel. Quizá convenga tenerlo en cuenta en aquellos casos en los que pueda conocerse, como cuando los compradores conocen el valor de lo comprado por su cualificación profesional. Barros opina que «la parte que no tiene ese conocimiento inmediato de la cosa puede aprovechar la información que ha obtenido y que es desconocida del vendedor; así ocurre, por ejemplo,

con quien ha investigado las propiedades agrícolas de un suelo hasta entonces mediocrementemente explotado y negocia su compra guardando legítimamente silencio de esos estudios». Y no distinga según se haya obtenido la información de forma más o menos meritoria, pues «en la medida que el derecho difícilmente puede penetrar en las razones, algo similar vale para quien sin esfuerzo, por azar, toma conocimiento de una calidad de una cosa que le agrega valor y es desconocida por quien la posee»⁵⁵.

Considero que la regla general debería ser que la información que sólo pueda aprovecharse si se reserva pueda no revelarse, aunque recaiga sobre presuposiciones contractuales, y ello, porque:

1. si es costosa, hay que incentivarla, y
2. si no lo es, ha podido conocerse por la otra parte,
3. salvo los supuestos de:
 - a) dolo (causal o incidental);
 - b) información privilegiada;
 - c) posición monopolista (o desproporción notoria en el gasto de acceso) respecto de la información⁵⁶.

4.2.4 Valoración

A medida que se va desentrañando la complejidad del problema, conviene plantear si no resulta más provechoso, en lugar de preguntar *cuándo nace la obligación de información*, hacerlo por *cuándo resulta razonable que la falta de información de uno de los contratantes sea relevante de cara al contrato*. En un contexto en el que el principio general está constituido por la carga de autoinformarse, la obligación de informar debe estar siempre justificada. Esta justificación puede establecerse *a priori*, exigiendo por adelantado el contenido de concretas obligaciones de informar para determinadas relaciones contractuales. Es la perspectiva del legislador y de las obligaciones informativas impuestas por la ley, y como perspectiva, tiende a arrojar una visión unilateral del problema, la del obligado a informar. Pero en muchas ocasiones buscaremos la justificación *a posteriori*, preguntándonos, después de realizado un contrato para el que el legislador no ha prescrito ninguna

⁵⁵ BARROS, *Tratado...*, cit., pp. 1020 y 1021.

⁵⁶ REHM, *Aufklärungspflichten...*, cit., pp. 213 ss.: La «dependencia informativa» puede ser también un dato esencial y suficiente para fundamentar una obligación de informar, siempre que el deudor de la información disponga de un monopolio informativo, o cuando el gasto que tendría que realizar el acreedor de la información fuese desproporcionado».

obligación específica de informar, si una de las partes debería poder impugnar o modificar el mismo por no haber recibido cierta información conocida por la otra parte; ésta es una perspectiva bilateral, y es la propia del derecho de contratos y del principio de buena fe.

Preguntar por el nacimiento de las obligaciones de información hace girar la reflexión en torno a las previsiones legales, con su planteamiento apriorístico, y en torno al obligado a informar, con su perspectiva unilateral. Por el contrario, al preguntarnos por cuándo resulta razonable que una parte pueda impugnar o modificar el contrato, por no haber tenido cierta información relevante que sí poseía la otra parte, estaremos contemplado el conflicto en su complejidad desde una perspectiva bilateral. Se objetará, con razón, que un contrato atacable por falta de información pone en evidencia que una parte debió informar para «salvar» el contrato, pero sin duda es mejor perspectiva la que se pregunta por los factores que hacen justificable poder liberarse del contrato o poder modificarlo por falta de información, porque considera la posición contractual de ambas partes y busca un adecuado reparto del riesgo de información entre ellas a partir del dato más relevante: el propio contrato.

4.3 PROPUESTA DE SUPUESTO DE HECHO: LA TESIS (PRIMERA PARTE)

Desde esta perspectiva, a la luz de las consideraciones que llevamos acumuladas, podría proponerse una fórmula del siguiente tenor: La falta de información sobre las presuposiciones contractuales (determinables según las pautas señaladas) será relevante *cuando la parte ignorante pueda imputar a la otra su ignorancia,*

1. por haber sido ésta la que le proporcionó –de forma culpable o no– la información falsa o errónea.
2. por haber incurrido en una omisión contraria a la buena fe, atendiendo:

- a) a la relación contractual existente entre ambas;
- b) a la condición de las partes;
- c) al comportamiento de las partes;
- d) a que la obtención de la información haya sido onerosa;
- e) a que la posición del «deudor de la información» en el contrato no permita obtener una contraprestación por revelarla (salvo dolo, información privilegiada, monopolio o desproporción notoria en el acceso a la información);

f) a que la otra parte se encuentre protegida en su ignorancia por una previsión legal, en los términos de ésta.

Es importante señalar que cada una de estas variables merece una consideración diferenciada: Para la delimitación objetiva del ámbito de las obligaciones de informar, estimo adecuada la construcción del profesor Morales Moreno sobre las presuposiciones del contrato. La información, para ser relevante, debe referirse a éstas.

En cuanto a los factores que hacen que la omisión sea contraria a la buena fe, hay que partir de que es el propio contrato el que asigna el riesgo por falta de información: en los contratos que contraponen los intereses de las partes, conforme a los principios de autoinformación (conocimiento del mercado) y esfera de control (la información sobre presuposiciones contractuales que caen bajo la esfera de control de un contratante debe transmitirse: *es la regla que atribuye el riesgo por vicios ocultos al vendedor*, o desde otra perspectiva, la excepción de *monopolio de acceso*); en los que una de las partes se obliga a velar por los intereses de la otra (relaciones de confianza, de consejo o asesoramiento), conforme al principio de responsabilidad por confianza. Este dato objetivo (tipo contractual) puede resultar suficiente para asignar el riesgo por falta de información esencial, o quedar relegado a un segundo plano por concurrencia de otros (como el comportamiento de las partes). En cuanto a su relación con el factor económico, lo normal es que el tipo contractual lo haya tenido en cuenta al establecer la asignación del riesgo de información (por ejemplo, la regulación de la compraventa parte de que el vendedor cuenta con acceso directo a la información).

La condición de las partes no es un dato que, en sí mismo considerado, pueda considerarse definitivo, salvo para las obligaciones que la ley haya ligado a dicha condición⁵⁷. Sin embargo, unido a otros factores, especialmente al comportamiento de las partes, puede constituir un factor decisivo en la atribución del riesgo. La pregunta fundamental que hay que hacerse es si, dada la condición y el comportamiento concreto de una de las partes, ésta pudo razonablemente despertar en la otra una confianza legítima en resultar informada, acudiendo como parámetro de comparación a lo que un buen padre de familia hubiera deducido de tal comportamiento y

⁵⁷ Así, el profesional que contrata a distancia queda obligado a cumplir las exigencias informativas del artículo 97 TR. En otras ocasiones, la fórmula prevista por la norma será lo suficientemente vaga como para necesitar de ulteriores concreciones, como ocurre con la información debida en virtud de la regla del consumidor medio (art. II. -3:102 DCFR).

condición en la situación contractual concreta. Se trata, por tanto, de una valoración prudencial.

El coste de la información es otro dato que tampoco resulta determinante por sí solo. En primer lugar, por motivos prácticos, pues en muchos casos no podrá determinarse. En segundo, porque el no haber realizado un gasto para obtener la información que da cierta ventaja sobre la otra parte no es un dato del que sea necesario deducir, ni en lógica ni en justicia, que aquélla deba transmitirse, cuando pueden concurrir otros factores que apoyen la decisión contraria (la distribución contractual del riesgo informativo, el libre acceso a la información no costosa...). Eso sí, cuando se conozca el dato de que la obtención de información ha sido onerosa, reforzará la posición de quien quiera reservarla, salvo que su posición en el contrato le permita «cobrarla».

Más definitivo resulta el dato económico de que quien no puede aprovechar la información de otra forma que no sea reservándola no debería estar obligado a revelarla, al menos en el contexto de un contrato que contrapone los intereses de las partes. Este dato puede ser definitivo, salvo que una previsión legal imponga la obligación de revelar, o que se trate de supuestos de dolo, información privilegiada, monopolio informativo o desproporción notoria en el acceso a la información (que es lo que le ocurre al vendedor sobre el objeto de la venta). Con todo, es lógico que haya mayores recelos en aceptarlo cuando la información no se ha obtenido de forma onerosa, aunque podría contra argumentarse que si la información no era costosa, la otra parte pudo también acceder a la misma. En tal caso, la ignorancia le sería imputable por no haber cumplido con la carga de autoinformarse, o como se diría en sede de error, porque su error es inexcusable.

Considerando esta propuesta, el caso del geólogo se resolvería en sentido negativo (inexistencia de la obligación de informar; protección del contrato), por tratarse de un supuesto amparado por la imposibilidad de sacar rendimiento de una información onerosa. La anciana vendedora del Monet tampoco encontraría protección, salvo que una norma en materia de compraventa de obras de arte la protegiese expresamente frente a compradores «profesionales». Con todo, como bien reconocía Rehm con respecto a su propuesta en el marco del BGB, en nuestro ordenamiento un juez no encontrará ningún inconveniente grave para apreciar, en estos dos casos, la existencia de error esencial y relevante, según las circunstancias que acompañen a las respectivas compraventas.

El caso de Cayo y Sempronio se resolvería decidiendo si la tranquilidad de la vivienda había devenido presuposición del contrato en

el curso de los tratos preliminares. La compraventa de pisos junto a la M-30 plantea una disyuntiva delicada: podría argumentarse en contra de los compradores, que no deberían poder aprovecharse de una información por la que no han pagado nada (factor económico), si de las condiciones de la venta pudiera deducirse sin lugar a dudas que reconocieron el error ajeno y se aprovecharon del mismo, y ello, a pesar de haber demostrado mayor astucia negocial (factor ético: comportamiento de la parte concedora). Sin embargo, no resulta evidente que el principio de buena fe imponga el deber de informar, dado un contrato que contrapone los intereses de las partes (factor objetivo: tipo de contrato), un comportamiento del que no cabe deducir oferta informativa gratuita alguna (factor ético: comportamiento de la parte concedora), y una información que hubiera podido conocerse por parte del contratante ignorante (factor ético: comportamiento de la parte ignorante). Aun podríamos añadir que el riesgo general de las fluctuaciones del mercado debe ser soportado por cada uno, y que por ello, la falta de información sobre el mismo no debería resultar relevante, por previsible, salvo que fuese provocada o inducida por la otra parte. Estos argumentos pueden pesar más que el hecho de que un contratante haya reconocido la ignorancia de la contraparte y «se haya aprovechado» de ella. Es ésta la opinión que nos parece merecedora de convertirse en regla general; en cuanto a las excepciones: con carácter general, el dolo, y por la especial protegibilidad de determinadas posiciones contractuales, las disposiciones legislativas protectoras de la posición de los consumidores.

Finalmente, cuando es la ley la que impone el deber de informar, la omisión de información resulta relevante aunque se consiga demostrar que el obligado no sacó partido de la ignorancia.

5. LA CONSECUENCIA JURÍDICA

5.1 INTERÉS PROTEGIDO E INTERESES PROTEGIBLES

Ya hemos visto que el supuesto de hecho obliga a considerar diversos aspectos de la contratación que interactúan para poder concluir si existe o no obligación de informar, o mejor, si la falta de información resulta relevante de cara a la eficacia del contrato; ahora partimos de que ésta *es* relevante. ¿Cómo proteger al contratante desinformado? ¿Qué debería poder hacer con su contrato?

Considerando las relaciones entre nulidad e indemnización de daños, una postura de corte dogmático defendería que la eventual indemnización de daños debería limitarse, en todos los casos de nulidad absoluta, al interés negativo, porque el mismo concepto de interés positivo resulta contradictorio con el hecho de que el contrato sea

nulo. Otra postura más sensible a los postulados de la jurisprudencia de intereses preferiría distinguir supuestos, distinguiendo los diferentes intereses que resultaran relevantes en cada uno de ellos. Desde esta perspectiva, la protección del contratante que ignora la imposibilidad originaria y absoluta de la prestación que se le debe merece que se considere y proteja su interés contractual positivo, porque la imposibilidad no hace desaparecer su interés en el contrato; desde su perspectiva, se trata de un incumplimiento contractual, que debería desencadenar los efectos y las medidas de protección típicas de éste. De manera distinta, quien contrata mediando dolo o intimidación de la contraparte no se enfrenta a un problema de incumplimiento; lo normal es que no esté interesado en el contrato, sino en liberarse de él. Finalmente, la situación de quien contrata con error relevante no es tan fácilmente predeterminable, porque, una vez desvanecido el error, puede preferir desligarse del contrato (de haber conocido la realidad, no hubiera contratado en absoluto), o mantenerlo (con eventual indemnización de los daños causados por el error); pero puede estar también interesado en que el contrato «se adapte» a la información conocida *a posteriori*: bien por vía de que el otro contratante acepte contratar en los términos en los que había entendido el contrato quien erraba (posibilidad prevista por los PU, PECL y el DCFR), bien por vía de modificar el contrato atendiendo a la realidad ignorada.

En esta misma línea, Asúa distingue para la *culpa in contrahendo* diferentes intereses protegidos, según se trate de las diversas hipótesis típicas de la institución. La autora considera que, siendo la finalidad de ésta la reposición de las cosas al estado en que estarían de no haberse producido el hecho lesivo (*ex* parágrafo 249 BGB), «tratándose de interrupción de negociaciones si se hubiera conocido la falta de seriedad, éstas no se habrían iniciado y esto, aun cuando no se trata de invalidez, responde a la idea de interés negativo.» Admite que, de probarse que se hubiera llegado a contratar de haberse facilitado la información omitida, habría que valorar el interés positivo para el cómputo de la indemnización. «En caso de invalidez (en concreto, inducción dolosa o culposa a error) como la víctima ha optado por la anulación, ésta condiciona la extensión de la reclamación, que se orienta a restablecer la situación que existiría de no haber contratado (inválidamente); de este modo, vuelve a estar presente la figura del interés negativo». Tratándose de un «contrato válido, cuyo contenido resulta lesivo para una de las partes y ello ha de ser atribuido a la vulneración de un deber precontractual, (...) muy a menudo el camino seguido ha sido o una reducción de la cantidad a pagar o bien un incremento de la misma según los extremos. (...) Cuando se trata del incumpli-

miento de la obligación de información, habría que calcular la situación patrimonial que existiría en caso de que se hubiese cumplido con esa obligación, y traducirla a su equivalente pecuniario». Casi siempre supone evaluar *lo que no ha sido y podría haber sido*, y como esto es siempre difícil, la jurisprudencia alemana, además de la reparación pecuniaria, ha llegado a admitir, en vía indemnizatoria, la liberación del contrato (entre nosotros lo propone Morales Moreno para los supuestos de dolo *in contrahendo*)⁵⁸.

La respuesta que demos pasa, por tanto, por identificar los diversos intereses protegidos y por decidir la mejor forma de protegerlos⁵⁹.

El Código civil utiliza categorías autónomas para resolver determinados conflictos:

– La invalidez es la consecuencia prevista para los problemas surgidos en la formación del contrato, y da lugar a la restitución de las prestaciones que se hubiesen ejecutado. La meta es eliminar las consecuencias derivadas del contrato inválido: la *restitutio in integrum*. La eventual pretensión de daños se dirige, en este contexto, a dejar al contratante protegido como si no hubiera contratado.

– La noción de incumplimiento (paulatinamente sustituida por la de falta de conformidad) sirve para aglutinar la problemática en torno a la falta de (o defectuosa) ejecución del plan prestacional. Se trata de dejar al contratante protegido como si se hubiese cumplido regularmente el contrato. Aquí la meta es conseguir, por cumplimiento o compensación, los efectos perseguidos mediante el contrato.

– Como peculiar supuesto de asignación contractual de cierto riesgo informativo, los vicios ocultos de la cosa en el contrato de compraventa se atribuyen *ex lege* al vendedor, y el conflicto se resuelve ofreciendo al comprador la posibilidad de optar entre la redhibición del contrato y la «estimación» del precio, con abono de los gastos del contrato y sin perjuicio de la eventual indemnización de los daños imputables subjetivamente al vendedor.

– La categoría de la *culpa in contrahendo* sirve para resolver los problemas de imputación de daños en la fase precontractual:

⁵⁸ ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa in contrahendo*, San Sebastián, 1989, pp. 73 ss.

⁵⁹ PANTALEÓN distingue los intereses protegidos mediante la resolución y la anulación: «El contratante que resuelve no tiene por qué querer, ni de ordinario querrá, que todo suceda como si el contrato resuelto nunca se hubiese celebrado, sino sólo limitar el perjuicio que el incumplimiento de la otra parte podría llegar a causarle, recuperando el objeto de su prestación ya realizada, o consiguiendo poder disponer libremente de la cosa aún no prestada (...) [L]a voluntad típica de un tal contratante es absolutamente diferente a la del contratante que, por ejemplo, anula el contrato por violencia o intimidación, y que la valoración normativa de los supuestos de nulidad y anulabilidad tiene lógicamente que ser y es absolutamente distinta que la de las hipótesis de resolución por incumplimiento» («Resolución por incumplimiento e indemnización», en *ADC*, 1989, p. 1165).

comprende una tipología de supuestos y conviene diferenciar, aunque la regla general es que el ámbito de daño indemnizable se limite al llamado daño por confianza (la confianza en que la otra parte actuaría de buena fe en la fase de tratos preliminares).

Conviene destacar que la resolución más eventual indemnización del interés positivo provoca los mismos efectos que la anulación por *dolo in contrahendo* (cfr. arts. 1270.II, 1486.II, 1487 y 1488 CC), a la que el codificador liga la eventual indemnización del interés positivo. Esta confluencia no debería extrañar. Morales Moreno explica, comentando el artículo 1486.II CC, que «el régimen general de esta acción (basada en la culpa *in contrahendo*), en los supuestos que prevé el artículo 1486.II CC, debe ser el propio de la responsabilidad contractual. Aunque el supuesto no sea el de incumplimiento de un deber derivado del contrato, resuelve un problema de insatisfacción del interés contractual imputable a uno de los contratantes, y esto justifica el que tal responsabilidad sea tratada como contractual y no como extracontractual»⁶⁰.

Las restituciones que ponen fin a la relación contractual, por una parte, y las modificaciones del contenido contractual que lo adaptan a la información relevante, por otra, son medidas que persiguen directamente la consecución del interés protegido: no haber contratado, o haber contratado a la luz de la información debida, respectivamente. Puede, sin embargo, que estas medidas no cubran todo el interés patrimonial de la parte que puede imputar a la otra su ignorancia. Ésta puede pretender además el resarcimiento de los daños causados por la contratación y no desaparecidos mediante las medidas adoptadas de restituir o modificar. Por ello, como regla, la restitución anulatoria resulta compatible con la indemnización de los daños de confianza (interés negativo) que no hayan desaparecido por la restitución, y la conservación de un contrato modificado, con la de los daños correspondientes al interés positivo que no haya cubierto el nuevo tenor contractual. Claro que cada pretensión deberá correr su respectiva suerte (presupuestos, plazo de prescripción...), pues el resarcimiento de daños deberá ser imputado conforme a pautas subjetivas (culpa o dolo), que no hacen falta para anular por error o para las acciones edilicias⁶¹. Lo que no se puede

⁶⁰ MORALES MORENO, en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2.^a ed., 1993, art. 1486, p. 962. Véase también DELGADO ECHEVERRÍA, *Elementos...*, II-3.º, cit., p. 599: «Para estos casos, en que, efectivamente, ha habido una conducta contractual –aunque inválida–, es más fácil admitir la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual (...); puede argumentarse por analogía, más o menos próxima según los casos, a partir de artículos como 1486.II, 1487, 1483 y 1270.II.»

⁶¹ Hay riesgos contractuales que no necesitan ser imputados subjetivamente a aquel a quien se han asignado. Así, del riesgo por vicio oculto se responde por ser vendedor, no por haber conocido o debido conocer el mismo, aunque si se demuestra este conocimiento se pro-

es anular el contrato, persiguiendo el interés en no haber contratado, y a la vez pretender el resarcimiento del interés en su cumplimiento. Se puede resolver por incumplimiento y pretender el daño positivo, o revisar el contrato y pretender el daño que no haya quedado cubierto por la nueva regla contractual. Las soluciones protegen el interés en no haber contratado (invalidez), el interés contractual (incumplimiento, falta de conformidad), o dan la posibilidad de optar entre ambos (asignación del riesgo por vicios ocultos).

Hay supuestos en los que resulta fácil determinar el interés protegido: La propietaria de un Monet a quien un experto engaña para quedarse con la obra a un precio irrisorio debería poder replantear su interés en el contrato: decidir si se queda con el cuadro o si lo vende por el verdadero valor de mercado. Para lograrlo, le basta con recuperar el cuadro impugnando la compraventa y quedando libre para volver a venderlo a un nuevo precio, al anterior comprador o a cualquier otro. Aquí no tiene sentido proteger el interés positivo en un contrato que resulta lesivo para sus intereses. Así lo avala lo absurdo de una solución que obligue al comprador a comprar al nuevo precio.

Otro ejemplo: La omisión de advertencia del riesgo connatural a determinada operación bursátil por parte de un intermediario financiero en el marco de una comisión mercantil impulsa a un cliente a realizar una inversión más allá del umbral de riesgo que hubiera estado dispuesto a asumir. Aquí resulta evidente el interés en no haber invertido. Sin embargo, la inversión es válida e inatacable, porque el mercado bursátil se habrá blindado frente a los «errores» de los inversores, provengan o no de las relaciones entre clientes e intermediarios. Lo único que cabe hacer, por parte del inversor, es imputar el daño al intermediario, por haber incumplido sus deberes de información en la relación de comisión que les une. La responsabilidad contractual cubriría su daño/pérdida, en ningún caso el daño por lo que el inversor hubiera obtenido en una operación de éxito (salvo que el intermediario se hubiera obligado en estos términos, lo que no es nada probable).

En otros casos, el problema de información podría no afectar al interés del contratante desinformado (o mal informado) en que el contrato se cumpla. Desde su perspectiva, el problema es de incumplimiento. El adquirente de un derecho de aprovechamiento por

duzcan algunas consecuencias de cara a la responsabilidad por daños. El riesgo de tener que sufrir la redhibitoria o la *quantum minoris*, y (para el primero de los casos) el de tener que soportar los gastos del contrato realizados por el comprador no dependen de juicio alguno de imputación subjetiva. Tampoco el incumplimiento tiene que ser «culpable» para dar lugar a la resolución o a las otras medidas por falta de conformidad, y tampoco la restitución por anulación necesita ser imputada en este sentido subjetivo. Sin embargo, la indemnización de los daños sí debe imputarse subjetivamente a quien se pretende los resarza.

turno fraudulento debería poder acudir a los remedios por incumplimiento (incluso en el caso de invalidez por imposibilidad originaria absoluta debería contemplarse el interés positivo del contratante ignorante de la imposibilidad), con posibilidad de exigir el cumplimiento (si fuera posible, por sustitución, ya que la reparación no parece posible en caso de fraude) o la resolución, con eventual indemnización del daño correspondiente al interés positivo.

En los supuestos de violación de obligaciones precontractuales de información en los que cabe apreciar error, existe a menudo cierta dificultad en determinar de antemano cuál es o debería ser el interés protegido: no haber contratado de haber conocido la información verdadera u omitida, o haber contratado con dicha información, lógicamente, en otros términos. En esta situación, ¿qué resulta más apropiado, desde el punto de vista de la solución jurídica: preestablecer el interés protegido, permitir al contratante protegido optar, o distinguir los supuestos en los que resulta razonable que se pueda optar?

En los casos en los que resulta dudosa la relevancia de la ignorancia informativa, se complica aún más la determinación y consideración de los intereses protegibles. Si nos parece que debería protegerse a los vendedores de pisos en el caso M-30, ¿en qué se concretaría dicha protección? Para los vicios ocultos, el Código permite al comprador elegir el interés que éste prefiera proteger, pero se trata de una facultad de opción reconocida *a quien no tiene acceso a la información*, haciendo así recaer el riesgo sobre quien lo tiene, y *por circunstancias que deprecian el valor de lo comprado*, de forma que el reajuste de las prestaciones pasa por una reducción del precio. No parece que quepa alegar analogía alguna con la protección de un vendedor que pretende reconsiderar su venta por circunstancias que elevan el valor del bien. Resulta claro que no es lo mismo obligar a un vendedor a restituir una parte del precio obtenido con la venta de un bien cuyos vicios ocultos pudo conocer, que obligar a un comprador a comprar a un precio superior por haber sabido aprovechar la ignorancia del vendedor. Todavía podríamos preguntarnos, aprovechando el eco de las críticas de Flume a las teorías sobre desaparición de la base del negocio, si los intentos de dar *a posteriori* un nuevo contenido al contrato no estarán tratando de abrir un portón a las soluciones de equidad en manos de los tribunales (que son quienes finalmente determinarán el precio y demás condiciones de la nueva venta), en perjuicio de una labor mucho más provechosa, la de *asignar el riesgo de realidad entre los contratantes en cada tipo contractual*. Desde esta perspectiva, la cuestión es quién corre con el riesgo por la falta de

información: si es el comprador (por proteger el error esencial y relevante del vendedor), el contrato podría impugnarse; si es el vendedor (por haber tenido acceso a la información), no.

5.2 PROPUESTA DE CONSECUENCIA JURÍDICA: LA TESIS (SEGUNDA PARTE)

Puede arrojar luz sobre esta reflexión que lo propio de la anulabilidad, *la forma con la que nuestro Derecho protege las situaciones de contrato anulable* (por ejemplo, por error), consiste en dejar al contratante legitimado para anular la elección del interés que prefiera proteger, pudiendo optar entre anular (defendiendo así su interés en no haber contratado) o confirmar (siguiendo adelante con el contrato), con eventual indemnización de los daños que representan el interés de confianza o el interés contractual, respectivamente.

Desde un punto de vista funcional, no es muy distinta la protección que se ofrece al comprador de cosa con vicio oculto, que puede optar por una acción rescisoria (con consecuencias equiparables a las de la anulación), o por mantener el contrato con una revisión del precio conforme a pautas objetivas que tengan en cuenta el dato ignorado (en este caso, el vicio oculto): por su interés en no haber contratado, o en haberlo hecho conociendo la información desconocida ⁶². Aquí el mantenimiento del contrato es algo más complejo, porque necesita la revisión de una de las prestaciones, en concreto, del precio de la cosa.

Pero no sólo el tratamiento de la anulabilidad y de los vicios ocultos, sino también la protección por falta de conformidad llega a resultados prácticos significativamente cercanos, siendo la diferencia principal que, en este último caso, tanto la pretensión de cumplimiento como la de daños protegen siempre el interés positivo. No parece por ello extraño que los sistemas propuestos por los PECL o el DCFR permitan optar entre la normativa sobre falta de conformidad o sobre error, dejando así abierta la posibilidad de proteger el interés negativo, a pesar de que esta solución aporte poco, desde un punto de vista estrictamente económico, respecto de la protección del interés positivo. En el fondo, lo que hacen los PECL o el DCFR es permitir que quien resulte protegido por haber contratado con un defecto informativo imputable a la otra parte *pueda elegir el interés que quiera proteger*, dejando en un segundo plano el hecho de que la protección del interés en no haber contra-

⁶² GÓMEZ CALLE, *Los deberes...*, cit., pp. 38 y 39.

tado apenas pueda aportar nada respecto de la protección del interés en el contrato, y aceptando que, lógicamente, habrá hipótesis para las que resulte más lógico acudir a la primera; o desde un punto de vista más práctico, que aunque de hecho no quepa otra solución que la de liberarse del contrato y hacerse resarcir los daños que puedan probarse (que muchas veces no excederán del daño representado por el interés negativo), estas medidas puedan obtenerse acudiendo a remedios que teóricamente persiguen uno u otro interés.

Consecuentemente, lo más correcto y acorde con nuestro sistema de protección sería que fuese el propio protegido en su falta de información quien decida cuál es el interés que prefiere proteger: si apostar por el contrato (con o sin nueva estimación para alguna de las prestaciones, con o sin indemnización) o desligarse de él. La conservación del contrato plantea mayores dificultades en nuestro caso que en el de simple confirmación, pues en éste no es necesaria alteración alguna de las prestaciones (tal vez se acompañe del resarcimiento de algún daño convenientemente imputado), en tanto en aquél se requiere una reconstrucción del contrato que tenga en cuenta la información ignorada. En cuanto a la opción por liberarse del contrato, podría perseguir tanto el interés en no haber contratado, como el interés positivo; en el primer caso se ejercitaría la acción de nulidad o la rescisoria, en el segundo, la resolutoria.

Ocurre, en cuanto a las posibilidades reales de optar, que así como la protección del interés en no haber contratado y el cómputo del daño representado por el interés negativo resultan siempre posibles, pretender un reajuste de los términos del contrato teniendo en cuenta la información omitida o veraz dependerá de la naturaleza de la prestación que deba ser revisada, de la flexibilidad del contrato para ser integrado conforme a pautas objetivas⁶³. Asimismo, la indemnización del daño positivo necesitará indagar en la cuantía del daño derivado de no haber contratado con la información debida, daño hipotético que obliga a comparar la situación actual del contratante protegido con la situación que hubiera tenido de haber contratado con la información debida. Estas dificultades hacen que la solución mediante reconocimiento de invalidez e indemnización

⁶³ Esta es una operación compleja que, salvo en aquellos sectores de mercado que cuenten con una información clara y asequible, obliga a estimar «lo que no ha sido y podría haber sido» (como dice Clara Asúa), abriendo el portón a los juicios de equidad sobre el contenido contractual, lo que no deja de provocar recelos en los países de tradición codificada liberal. Tampoco debería olvidarse la tentación de templar las conductas negociales agresivas mediante medidas punitivas, como le ha ocurrido al mismo legislador, que no ha tenido problema en imponer la gratuidad de un préstamo de no más de 20.000 € por omisión de determinada información relevante, y que al no adoptar medidas similares en otros ámbitos, introduce situaciones de trato desigual difícilmente justificables.

del interés negativo resulte más práctica y universal, y en cualquier caso avalan que se deje siempre abierta la opción por el recurso inmediato a los remedios de invalidez. Con todo, el atractivo de la posibilidad de integrar el contrato adecuándolo a la información omitida o veraz empuja a autores como Grigoleit a proponer como solución ordinaria la integración judicial del contrato.

Obsérvese que el Código civil sólo accede a la «revisión» de los términos de un contrato cuando se trata de la compraventa de cosa con vicios ocultos que hacen disminuir su valor, consistiendo el ajuste en la correspondiente disminución del precio; y que entre las leyes especiales, son más bien pocas las que ayudan con medidas materiales o prudenciales de integración que faciliten la protección del interés positivo, sea a través de cumplimiento *in natura* o indemnizatorio. Es el caso de las que regulan la financiación de adquisiciones de bienes de consumo (Ley de crédito al consumo y de venta a plazos de bienes muebles), un caso en el que no cabe dudar del interés en el contrato por el que se obtiene el bien, en el que lo que se necesita es «salvar» el negocio de financiación, y en el que se cuenta con un derecho dispositivo adecuado (representado por el interés legal). El resto de leyes especiales tienden a proteger el interés en no haber contratado. Los PECL parecen promover la protección del interés positivo, dando la posibilidad de revisar judicialmente el contenido contractual afectado por la falta de información, pero lo cierto es que restringen esta posibilidad al supuesto de error mutuo, lo que resta en gran medida aplicación a la medida; por otra parte, dejan siempre abierta la posibilidad de acudir a los remedios por invalidez. El DCFR adopta la misma postura. Sin embargo, el artículo 65 TR parece promover que todo contrato con consumidores que adolezca de falta de información imputable al profesional pueda integrarse judicialmente.

Los remedios por incumplimiento de obligaciones informativas podrían por tanto organizarse en torno a los intereses protegidos: el interés en no haber contratado, el interés en el contrato. El primero quedaría cubierto por la posibilidad de anular, provocando la restitución de las prestaciones realizadas en términos objetivos (para anular no hace falta imputar subjetivamente el incumplimiento al deudor de la información) más el eventual resarcimiento de los daños valorados conforme al interés de confianza, para el que sí necesitaremos un juicio de imputación subjetiva. En cuanto a la protección del interés contractual, podrá canalizarse como resolución (sin necesidad de imputar subjetivamente el incumplimiento) más eventual indemnización del interés positivo o de cumplimiento (que sí deberá ser imputado subjetivamente), o como «revisión»

del contrato (por incumplimiento «objetivo» de la obligación de informar) más eventual indemnización del daño sufrido que la revisión contractual no haya conseguido paliar, convenientemente imputada. Si queremos que se trate de una verdadera opción, se excluye que ninguna de las pretensiones quede condicionada al previo ejercicio infructuoso de otra u otras.

La protección del interés positivo por revisión del contrato será posible, desde luego, cuando se trate de revisar el precio de una compraventa, o el interés de un préstamo sometido a la LCrC. Ahora bien, si la idea es que se debe dejar optar *siempre* a la parte protegida entre ambos intereses, la protección del interés positivo necesitará en la práctica de la «reconstrucción» judicial del contrato, o del daño (con la lógica dificultad que supone la reconstrucción de un daño hipotético). El artículo 65 TR parece promover que los supuestos de falta de información relevantes puedan resolverse mediante la revisión judicial de la parte del contrato afectada por la información omitida o incorrecta, obligando al juez a valorarla conforme a los criterios objetivos que le suministre el mercado. Se trata, sin duda, de una apuesta arriesgada, que exige una elaboración muy meditada de las sentencias en las que vaya a hacerse uso de esta potestad. La aplicación del artículo 65 TR requerirá la elaboración jurisprudencial de «tipos», en los que los tribunales deberán proponer pautas de integración contractual sacadas del mercado, pautas que, por el dinamismo de éste, deberán ser convenientemente revisadas. La facultad de revisión de los contratos con consumidores por insuficiencia informativa imputable al empresario no debería convertirse en una nueva cláusula general de nuestro ordenamiento, sino que debería entenderse como una invitación a construir una tipología de supuestos integrables, extraída de las necesidades de protección evidenciadas por la práctica. Sin esta construcción jurisprudencial, la integración «libre» de contratos podría perjudicar notablemente el tratamiento jurídico de la contratación con consumidores. En todo caso, cuando se ponga de relieve que no se hubiese contratado de haber conocido la información, parece lógico que quede abierta la posibilidad de perseguir el interés en no haber contratado.

La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal

LAURA LÓPEZ DE LA CRUZ
Profesora Contratada Doctora
Universidad Pablo de Olavide, Sevilla

RESUMEN

La libertad individual como derecho fundamental consagrado en la Constitución Española juega un papel determinante en la regulación jurídica del matrimonio, lo que se pone de manifiesto no sólo en el momento de su celebración, sino cada vez más en lo que se refiere a los deberes personales que asumen los cónyuges y, tras la reforma del Derecho de Familia de 2005, en el tratamiento de las situaciones de crisis. En efecto, la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha provocado un importante cambio conceptual del instituto del divorcio, siguiendo el ejemplo de otros países europeos como Suecia o Finlandia, donde la voluntad de los cónyuges se erige como el único requisito a tener en cuenta para la extinción del vínculo matrimonial. Sin embargo, un análisis de la regulación del divorcio en Europa nos demuestra que no ha tenido lugar un proceso evolutivo lineal en el que la libertad personal se haya ido afianzando, sino que el tratamiento de la disciplina del divorcio se caracteriza por continuas regresiones, en las que la libertad de los cónyuges se ha visto limitada en función de los intereses políticos. Se trata pues de analizar los cambios que se han ido produciendo en la normativa reguladora del divorcio de los países de nuestro entorno y las consecuencias de la reforma operada en el nuestro.

PALABRAS CLAVE

Libertad personal, familia, matrimonio, divorcio.

SUMARIO: *Introducción*. 1. La capacidad para contraer matrimonio como manifestación de la libertad personal. 1.1 La capacidad matrimonial en el Código Civil. 1.2 La dispensa judicial de edad. 1.3 El matrimonio en circunstancias especiales de capacidad.-2. *Los deberes conyugales desde el prisma de la libertad*.-3. *La incidencia de la libertad personal en la regulación de la crisis matrimonial*. 3.1 Introducción. 3.2 La libertad personal de los cónyuges y la disciplina del divorcio. 3.2.1 La reforma protestante y el concepto de divorcio-sanción. 3.2.2 Aproximación al concepto de divorcio-quiebra. 3.2.3 El divorcio por mutuo consentimiento. 3.2.4 El divorcio como ejercicio de un derecho individual a no continuar casado. 3.3 El largo recorrido del divorcio en Europa. 3.4 La problemática del divorcio en las legislaciones europeas contemporáneas.-4. *La libertad como fundamento del cambio conceptual del divorcio en el Derecho español*. 4.1 Presentación de la Ley. 4.2. Reflexiones sobre la reforma del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico. La función del consentimiento.

INTRODUCCIÓN

Abordar en la actualidad el estudio del Derecho de Familia obliga a tomar en consideración el enorme influjo que el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales en las distintas Constituciones democráticas europeas ha tenido sobre la institución familiar y las personas que la integran. Como afirma la profesora Valpuesta¹, el impulso de los derechos fundamentales, unido a los cambios en los comportamientos individuales y a una mayor tolerancia social hacia los mismos ha significado una trascendente mutación conceptual de la familia europea, que de ser un ente supraindividual, titular de unos intereses propios que se imponían a los de sus miembros, ha pasado a ser un marco vital de realización y desarrollo personal, donde priman los derechos individuales de sus componentes.

Una evolución del concepto de familia que se ha dejado sentir asimismo en nuestro país, donde la plasmación constitucional de los derechos fundamentales ha jugado un papel determinante. En este sentido, no sólo se ha diversificado el propio concepto de familia, hasta el punto de que hoy día no cabe hablar de uno sino de distintos modelos familiares, sino que también, dentro de cada uno de ellos, las normas reguladoras de las relaciones jurídico-familiares se han impregnado de los valores y principios constitucionales. Este cambio ha sido especialmente significativo en el matrimonio, donde el tradicional reparto de funciones en el seno familiar ha dejado paso a

¹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, «Reflexiones sobre el Derecho de Familia», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 2, 2007, pp. 75 ss.

un sistema bicéfalo, en el que el hombre y la mujer son iguales en derechos y en deberes, y en el que la autonomía de los cónyuges es cada vez más manifiesta. De modo que la organización familiar se empieza a articular entorno a dos principios básicos: igualdad y libertad², abandonando de manera progresiva las situaciones de desigualdad y sumisión características de la familia patriarcal burguesa.

Claro es que las transformaciones aludidas no han estado exentas de obstáculos y dificultades, hasta el punto de poder afirmar que aun hoy no ha concluido este proceso de cambio en el que la familia se ha visto inmersa. Sin duda las modificaciones más relevantes tuvieron lugar en los momentos iniciales del periodo democrático, con la entrada en vigor de la Constitución y la aprobación de las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981. Pero la evolución y el cambio de mentalidad que la sociedad española va experimentando con el paso del tiempo reclaman continuas reformas legislativas. Y en esto reside precisamente la gran potencialidad de los derechos fundamentales, en su versatilidad y capacidad de adaptación a los cambios que demanda una sociedad en continuo proceso de transformación. Pues lo cierto es que la aplicación de los valores y principios democráticos es algo prolongado en el tiempo, de modo que el reconocimiento de los derechos constitucionales no se agota con la reforma de la legislación vigente en el momento de la entrada en vigor del Texto Fundamental, sino que más bien exige una revisión continua de las normas que componen nuestro ordenamiento jurídico³.

Y dentro de esta vorágine de transformaciones jurídicas, es destacable como la libertad individual se ha ido consolidando como eje vertebrador de las relaciones familiares. Es bien sabido que la libertad personal como derecho fundamental, que podemos calificar de los clásicos, adquiere especial fuerza transformadora del matrimonio a partir de la Segunda Guerra Mundial, cuando las Constituciones dejan de ser meros textos programáticos y adquieren naturaleza normativa. Con el tiempo, se empieza a percibir una mayor tolerancia a determinados comportamientos, debido principalmente a las reivindicaciones sociales y al mayor peso de los movimientos feministas, que recobran fuerza en los años 60/70. Es a partir de entonces cuando se producen modificaciones de rele-

² También otros valores y principios constitucionales, como la dignidad de la persona, la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad, constituyen el marco en el que se ha de desarrollar la vida familiar.

³ Sobre el tema, HÄBERLE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Bonn*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 50 ss. Sobre la evolución histórica de los derechos fundamentales, PECES BARBA, *Curso de derechos fundamentales*, I, *Teoría general*, Eudema-Universidad, Madrid, 1991, pp. 126 ss. y en *Leciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 73 ss.

vancia en las normas reguladoras del matrimonio en todos los países democráticos, y también en el nuestro, como hemos dicho, con la Constitución de 1978. En este sentido, la plasmación concreta de la libertad en la regulación de la relación matrimonial va a depender de una mayor conciencia social de la dimensión que tiene este derecho en las relaciones de pareja, a lo que se ha de añadir la progresiva sensibilidad del legislador y las aportaciones de la doctrina y de la jurisprudencia. Llegados a este punto, al legislador le corresponde la tarea de verificar que las normas aplicables se adecuan al nuevo orden establecido estando obligado, si ello no se cumple, a acometer las reformas necesarias.

En concreto en nuestro país, resulta apropiado hacer una reflexión, a partir de las últimas modificaciones legislativas en materia de separación y divorcio, sobre el papel que juega en la actualidad la autonomía personal como elemento configurador de las relaciones personales entre cónyuges.

Si nos situamos en el ámbito del matrimonio, el reconocimiento de la libertad individual se pone de manifiesto en las distintas fases que podemos distinguir a lo largo del mismo. En lo que se refiere a su celebración, el principio de libertad personal se proyecta principalmente en la necesidad de prestar un consentimiento libre, lo que se deja sentir en el tratamiento de los vicios de la voluntad y en la exigencia de una determinada capacidad para contraer matrimonio (art. 46.1.º CC), de modo que quede debidamente asegurada la madurez necesaria para comprender y aceptar las consecuencias de una decisión al respecto⁴. En este sentido, el legislador efectúa un control del ejercicio de los derechos por los menores a quienes se les impide realizar ciertos actos en garantía de aquéllos. Control que también es ejercido por el órgano judicial, único legitimado para dispensar el impedimento de edad (art. 48.2 CC) a fin de evitar la arbitrariedad o los eventuales conflictos de intereses que puedan existir entre el menor y sus representantes legales⁵.

Del mismo modo, la incidencia de los valores y principios constitucionales en el estatuto jurídico del matrimonio reclama la interpretación de los deberes conyugales desde un diverso prisma, a partir del reconocimiento de la libertad personal y de la igualdad entre cónyuges.

⁴ En opinión de SALVADOR CODERCH, el principio consensualista se acusa no sólo en relación con la capacidad exigida para prestar el consentimiento, sino que alcanza a todos los impedimentos en sentido estricto (arts. 46 a 48), a la normativa sobre las distintas formas de celebración (art. 49 CC), a las causas de nulidad (art. 73 CC) y las distintas posibilidades de convalidación del matrimonio nulo (arts. 48.3, 75 y 76 CC) (*Comentario del art. 45 CC, Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 132-133).

⁵ ROCA TRÍAS, «Familia, familias y Derecho de la familia», *ADC*, t. XLIII, fasc. IV, enero-marzo, 1990, p. 1090.

Por último, la aceptación de un mayor margen de libertad personal en la institución matrimonial se pone de manifiesto en el tratamiento de las situaciones de crisis, con una doble vertiente: la posibilidad de disolver el matrimonio y la autonomía para establecer las consecuencias personales y patrimoniales de la ruptura. Centrándonos en el primero de los supuestos señalados, la nueva regulación de la separación y el divorcio ha provocado un cambio conceptual de primer orden en el instituto del divorcio, en el que juega un papel principal la libertad de los cónyuges a la hora de decidir sobre la extinción del vínculo matrimonial.

1. LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO COMO MANIFESTACIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

La primera cuestión a la que vamos a hacer referencia, por entender que no está definitivamente resuelta, es la capacidad que se exige en nuestro ordenamiento para considerar válidamente emitido el consentimiento al objeto de contraer matrimonio. La voluntad, como sabemos, requiere conocimiento y libertad, como los dos elementos que integran un consentimiento válido. Y estos dos requisitos se hallan ligados a la capacidad de la persona; capacidad que implica, de un lado, que se tenga el suficiente entendimiento de la realidad exterior y se sea lo suficientemente maduro para apreciar la trascendencia del acto que se va a realizar y, por otro lado, que el sujeto no se halle coaccionado.

Al respecto, el Código Civil en su artículo 46.1.º dispone que no pueden contraer matrimonio los menores no emancipados. La redacción del artículo, proveniente de la reforma de 1981, permite afirmar que la capacidad matrimonial se alcanza en nuestro ordenamiento jurídico con la mayoría de edad; así, el que ha cumplido los dieciocho años goza de la capacidad necesaria para otorgar el consentimiento matrimonial, exigiéndose con ello una especial madurez que garantice la libertad de actuación. Junto al mayor de edad, el legislador admite que puedan prestar válidamente consentimiento los menores emancipados, por lo que, si bien en el actual Derecho de familia no basta con tener dieciséis años para contraer matrimonio, esta determinada edad unida a la independencia jurídica del menor (en algunos casos mera independencia económica, como es la emancipación de hecho) permite reconocerle la suficiente madurez de juicio para prestar un consentimiento libre ⁶.

⁶ Bien es cierto que las distintas causas que originan la emancipación se traducen, en lo que se refiere a la prestación del consentimiento matrimonial, en dos vías a seguir: mediante la autorización judicial –emancipación por concesión judicial (art. 320 CC a lo

1.1 La capacidad matrimonial en el Código Civil

La elevación de la edad núbil a los 18 años (a los 16 para los emancipados) con la ley de 7 de julio de 1981 supone, en primer lugar, equiparar al marido y a la mujer estableciendo una edad idéntica para ambos⁷. Además, se limita en mayor medida la capacidad de actuación del menor para aquellos actos que afectan principalmente a su esfera personal. Se sigue de este modo una tendencia ya iniciada en Europa⁸ que pone de manifiesto una nueva filosofía acer-

que se asimila la habilitación conforme al art. 321 CC) y por matrimonio (arts. 314, 2.º y 316 en relación con el art. 48.2.º CC)– o a través de la autorización o el consentimiento de los progenitores que ostentan la patria potestad –emancipación por concesión paterna (arts. 314, 3.º y 317 CC) y emancipación de hecho (art 319 CC)–. Y en cualquiera de los supuestos citados el control que se efectúa para conceder la emancipación no deja de ser meramente externo, sin adentrarse en las condiciones de madurez del menor de edad.

A favor del matrimonio del menor que vive de manera independiente se pronuncian: ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil, IV Derecho de familia*, 8.ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, p. 47; ASÚA GONZÁLEZ, Comentario del art. 46 CC, en *Comentarios al Código Civil*, coord. por RAMS ALBESA, t. II, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 2000, p. 503; GETE-ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, 1985, p. 120; MARÍN LÓPEZ, Comentario del art. 45 CC, *Comentarios al Código Civil* coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 200, p. 147; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 41; SALVADOR CODERCH, *Comentarios a las reformas...*, cit., p. 164 y en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 268; ROCA TRÍAS, *Derecho de familia*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 63.

⁷ La redacción del artículo 46.1 proviene de la reforma de 7 de julio de 1981. Hasta ese momento, el art. 83, 1.º CC establecía la edad núbil en doce años para la mujer y en catorce para el varón. Con la modificación legal operada no sólo se iguala a los cónyuges en edad, siguiendo los postulados del art. 14 y 32 CE, sino que se eleva ésta hasta casi equipararla a la mayoría de edad. A favor de la reforma, CARRIÓN OLMOS, Comentario del art. 46 CC, en LACRUZ, *Matrimonio y Divorcio. Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, 2.ª ed., 1994, pp. 154 ss.; Díez-PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, ed. de 2004, p. 76; ENTRENA KLETT, *Matrimonio, separación y divorcio* (En la legislación actual y en la historia), Aranzadi, Pamplona, ed. de 1990, p. 367; GETE-ALONSO, *La nueva normativa...*, cit., pp. 39 ss.; LÓPEZ LÓPEZ-LEÓN ALONSO, *Lecciones de Derecho Civil. El matrimonio*, Sevilla, 1982, p. 81; LUNA SERRANO, *El nuevo régimen de la familia*, t. I, *Matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 57 ss.; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, cit., pp. 109 y ss.; SALVADOR CODERCH, Comentario del art. 46 CC, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 154 ss. y en *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 267 ss. Hoy día, en 23 de los 25 países de la Unión Europea han sido derogadas las normas que establecían una diferencia de edad para hombres y mujeres (DEBOVE -SALOMÓN-JANUILLE, *Droit de la famille*, Vuibert, París, 2006, p. 71).

⁸ En Alemania, los contrayentes deben ser mayores de dieciocho años (§1303.1 BGB), pero el tribunal puede autorizar el matrimonio del mayor de dieciséis años si su futura pareja tiene dieciocho (§1303.2 BGB), para lo que se necesita también el consentimiento de los padres (§1303.4 BGB). En Portugal, el matrimonio es nulo si cualquiera de los dos contrayentes es menor de dieciséis años. Si uno (o ambos) es mayor de dieciséis, pero menor de dieciocho, se requiere el permiso de los padres o representantes legales. Ante la negativa, pueden acudir a los tribunales. El matrimonio del menor de dieciocho años sin consentimiento parental o judicial es válido, pero se impondrán sanciones económicas a los contrayentes hasta la mayoría de edad (art. 1649 CC portugués). En Holanda se exige tener al menos dieciocho años. Como excepción se permite el matrimonio del menor de dieciocho años pero mayor de dieciséis años, cuando la mujer está embarazada o ha tenido un hijo, con el consentimiento de sus padres o representantes legales. Ante la negativa injusti-

ca de la concepción jurídica del menor en la que, por un lado, y desde una óptica proteccionista, se le exige una concreta edad como referente de su estado de madurez para la realización de determinados actos y, a su vez, se potencia su participación en la toma de decisiones sobre asuntos que le conciernen muy directamente.

En efecto, se ha de resaltar como las leyes reformadoras de 1981 trastocan los parámetros dentro de los cuales se había desenvuelto la capacidad del menor hasta entonces, de modo que mientras se limita la capacidad al menor para realizar actos que antes no le estaban vetados –reconocimiento de un hijo extramatrimonial, para lo que necesita aprobación judicial (art. 121 CC), ejercicio de la patria potestad sobre sus propios hijos con la asistencia de sus padres (art. 157 CC), disponer de determinados bienes con complemento de su capacidad (art. 323), etc., se opta por una intervención mucho más atenuada en lo referente a ámbitos de relación que contribuyen a su desarrollo y posibilitan la formación de su personalidad, de modo que la atribución de derechos y la definición de sus obligaciones se hace en función de sus propias aptitudes y necesidades– realización de actos relativos a los derechos fundamentales (art. 162.1.º CC) o actos que puedan realizar según sus propias condiciones de madurez (art. 162.1.º, 2 CC), prestación de servicios de carácter personal, para lo que se requiere su previo consentimiento (art. 162 CC *in fine*), o ser oído en las decisiones que le afecten (arts. 154, 156 CC, etc.)

Y precisamente contraer matrimonio queda incluido en el primer grupo de actos señalado, de tal forma que, con una orientación marcadamente proteccionista de sus intereses, sólo a partir de cierta edad (art. 46.1.º CC) puede el menor emitir válidamente el consentimiento matrimonial. El menor de edad deja de ser así considerado para ciertos actos como un reflejo del mayor de edad (*un mayor de edad en miniatura*)⁹, y es reconocido en su propia individualidad; siendo a su vez conscientes de que esta etapa concreta de la vida es por defini-

ficada de éstos, se pronunciará el juez y, en casos muy excepcionales, el Ministro de Justicia. En Austria es requisito necesario para contraer matrimonio tener al menos dieciocho años y plena capacidad. Si el contrayente tiene dieciséis años puede ser declarado judicialmente maduro en determinadas circunstancias. Para los contrayentes menores de dieciocho años es necesario el consentimiento paterno (Ley de Matrimonio, *Ehegesetz*, s1cc.). En Inglaterra basta con tener dieciseis años, pero las personas que tienen entre dieciseis y dieciocho años requieren el consentimiento de padre o tutor, y en caso que se lo denieguen, dará el consentimiento el juez. En Francia se requieren los dieciocho años (art. 144 CC, modificado por la Ley núm. 2006-399, de 4 de abril de 2006), si bien el Procurador de la República puede dispensar el impedimento de edad por motivos graves (art. 145 CC), en cuyo caso se requiere el consentimiento de los padres del menor (art. 148 CC).

⁹ VALPUESTA FERNÁNDEZ, «El trabajo del menor de edad», *La tutela de los derechos del menor*, 1.º Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, marzo, 1984, p. 415.

ción provisional, en la medida en que el veto al matrimonio se produce en tanto en cuanto no alcance la edad fijada legalmente.

En este sentido, la modificación de la edad matrimonial supone una importante manifestación de un cambio de todo orden en la concepción del matrimonio, cuya principal finalidad deja de ser la procreación¹⁰ para constituir ésta uno de sus posibles efectos junto con muchos otros, siendo el principal la constitución de una comunidad de vida entre los cónyuges. En efecto, analizando la legislación vigente hasta 1981, constatamos cómo el reconocimiento de la capacidad para contraer nupcias en edades tan tempranas quedaba amparado por la función procreadora del matrimonio; una función que se reconocía como propia tanto en el matrimonio civil¹¹ como en el canónico¹², en coherencia con la moral dominante, y que se proyectaba sobre el conjunto de la normativa de Derecho de Familia (indisolubilidad del matrimonio, legitimación en exclusiva de los hijos matrimoniales, deberes conyugales).

En estrecha relación con lo anterior, se podía percibir asimismo un cierto propósito de encauzar la conducta sexual de los menores de edad mediante una legislación profundamente limitadora de su libertad, cuya finalidad consistía en restringir las relaciones sexuales cir-

¹⁰ Como consecuencia, con la reforma de 1981 queda suprimido el impedimento de impotencia (antiguo art. 83. 3 CC) y cualquier incidencia relativa a la capacidad de procreación de los cónyuges queda imbuída, a lo sumo, en el error al que alude el art. 73 núm. 4 CC..

¹¹ Desde el Concilio de Trento y en particular a partir de la Cédula de Felipe II de 12 de julio de 1564, por la que se reconocen sus Decretos como leyes del Reino, sólo existe el matrimonio canónico. No es sino con la Ley de 18 de junio de 1870 cuando se reconoce el matrimonio civil en España, imponiéndose un matrimonio civil obligatorio y dejándose sin validez el celebrado conforme a la normativa canónica. Pero a partir del Decreto de 9 de febrero de 1875 y la Orden de 27 de febrero del mismo año se vuelve a conceder a los matrimonios canónicos los mismos efectos civiles que tenían con anterioridad a 1870. Como sabemos, en la Base tercera de la Ley de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizaba al Gobierno para la publicación de un Código Civil, se establecía que debían reconocerse dos formas de matrimonio en el texto codificado: un matrimonio canónico, obligatorio para todos aquellos que profesasen la religión católica, que sería regulado por el Derecho Canónico, y uno civil, con carácter supletorio, para aquellos que declarasen ante el juez su aconfesionalidad, y que sería objeto de regulación en el texto codificado. Esta regulación se va a mantener hasta la Constitución de 1978, con la salvedad del período correspondiente a la Segunda República, cuando la Ley de 28 de junio de 1932 impuso un matrimonio civil obligatorio para todos los españoles (vigente hasta la Ley de 12 de marzo de 1938). *Vid.* LÓPEZ LÓPEZ, «Reforma y cripto reforma del sistema matrimonial español», *RGLJ*, LXXV (1977), pp. 229 ss.

¹² El Código de Derecho Canónico de 1917 establecía que «la procreación y educación de la prole es el fin primario del matrimonio (can. 1013 §1). El canon 1055 del actual Código define el matrimonio como «un consorcio de toda la vida constituido entre varón y mujer, mediante el pacto matrimonial, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole». De este modo, se altera la forma de presentar las finalidades del matrimonio, optándose por ofrecer una definición del mismo incluyendo en ella la relación que se crea entre la esencia del matrimonio y sus finalidades específicas (BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho matrimonial canónico*, 8.ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pp. 32 ss.; LÓPEZ ALARCÓN – NAVARRO-VALLS, *Curso de Derecho matrimonial canónico y concordado*, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, pp. 80 ss.).

cunscribiéndolas al ámbito matrimonial¹³. Es decir, al hacer coincidir la edad núbil con la pubertad, el matrimonio del menor prácticamente aseguraba la ausencia de relaciones prematrimoniales. Ello producía también un efecto legitimador de la descendencia, de modo que quedaba patente la intención de reducir el número de hijos nacidos fuera del matrimonio, a la vez que se ordenaba y se controlaba la vida privada de los futuros contrayentes. De este modo, se limitaban las relaciones extraconyugales reconduciéndolas al matrimonio, y a su vez, como consecuencia y al amparo de éste, se propiciaba una maternidad y paternidad prematuras en adolescentes probablemente incapaces de asumir sus consecuencias.

En definitiva, se trataba de un matrimonio laico que en parte seguía respondiendo al esquema canónico, al que se le atribuía una función predominantemente procreadora aunque también debía cumplir otros cometidos, como es la sujeción de los jóvenes a unos estrictos parámetros de conducta que condicionaban su autonomía y su libertad decisoria. Por todo ello, el requerimiento de la mayoría de edad para prestar válidamente el consentimiento matrimonial tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978 y la reforma de 7 de julio de 1981 implica también el reconocimiento de la libertad sexual de los menores de edad, al producirse una absoluta desvinculación jurídica entre la pubertad, la edad para contraer matrimonio y la función de procreación de este último.

1.2 La Dispensa Judicial de Edad

Como ya fuera puesto de manifiesto en su día por la doctrina más inmediata a la reforma¹⁴, el sistema regulador de la capacidad para prestar el consentimiento matrimonial sufre una importante quiebra que se traduce en la dispensa de edad que el juez puede otorgar al menor a partir de los catorce años, cuando medie una justa causa¹⁵.

Siguiendo con la evolución anteriormente señalada en el tratamiento jurídico del menor, es bien sabido que la concepción actual-

¹³ El canon 1013 del Código de Derecho Canónico de 1917 disponía en su segundo apartado que la ayuda mutua y el remedio de la concupiscencia es el fin secundario del matrimonio.

¹⁴ GETE-ALONSO, *la nueva normativa...*, p. 43; SALVADOR CODERCH, *Comentarios a las reformas...*, cit., p. 159.

¹⁵ En opinión de ciertos autores no es la edad lo que se dispensa, sino la ausencia de emancipación: GONZÁLEZ-PORRAS, «Notas sobre la «justa causa» y otras cuestiones que plantea el matrimonio civil de menores no emancipados», *RGLJ*, 1984, p. 552 y en «La menor edad después de la Constitución y de la reforma del Código Civil (Notas acerca del matrimonio de los menores y el Registro del estado civil)», *RDP*, 1984, p. 462; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado...*, cit., p. 39. Sobre el tema, *vid.* GETE-ALONSO, «emancipación y matrimonio», *RDP*, 1985, pp. 8 ss. y en *La nueva normativa...*, cit., p. 119.

mente imperante de la minoría de edad excluye que se trate de una incapacidad, considerándose una limitación de la capacidad de obrar¹⁶, cuyo fundamento principal es la necesidad de protección del menor en coherencia con los dictados constitucionales (art. 39 CE). Un deber de protección que corresponde a los padres titulares de la patria potestad, o al tutor, pero en el que también se ha de involucrar a los poderes públicos y en general a toda la sociedad, con distintos niveles de intensidad y responsabilidad¹⁷. Ello no significa, desde luego, que se prive al menor de toda posibilidad de actuación en el ámbito jurídico pues, como ya se ha indicado, éste goza de una cada vez más amplia esfera de actuación en la que la intervención de los responsables varía en función del acto de que se trate. Es más, la noción moderna de la minoría de edad abandona la tradicional visión paternalista que vetaba a los menores toda posibilidad de actuación en el tráfico jurídico, reduciendo las contadas comparecencias a situaciones excepcionales, y aboga por un reconocimiento más amplio de su esfera de participación; de modo que, sobre todo a partir de una determinada edad (la adolescencia) se les libera en gran medida de su estado de dependencia y se les permite, con ciertas cautelas, ejercitar sus derechos y defender sus intereses¹⁸. En este sentido, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor¹⁹ consagra el criterio de la capacidad progresiva del menor en función de su madurez, de tal forma que se permite su actuación en los distintos actos que afecten tanto a su esfera personal como patrimonial, atendiendo siempre a su grado de desarrollo y según su interés o beneficio²⁰. Una ampliación de su capacidad que

¹⁶ Tal corriente interpretativa nace de la decisiva aportación de DE CASTRO, que significó un punto de inflexión en la consideración del menor de edad dentro de nuestro ordenamiento jurídico. El autor concibe al menor de edad, no como un incapacitado absoluto, sino como una persona con capacidad de obrar si bien limitada por diversas causas legales. (*Derecho Civil de España. Derecho de la persona*, tomo II, Madrid, 1952, reimpresión de 1984, pp. 175-176). Asimismo, cabe destacar en esta línea a Díez-PICAZO, cuyas primeras aportaciones en este sentido fueron igualmente importantes («Menor edad», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XVI, 1978, pp. 273-274).

¹⁷ VALPUESTA FERNÁNDEZ, *Derecho Civil. Parte general*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 347 y 359 ss.

¹⁸ Sobre el tema, RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, 2.ª ed., Dykinson, Madrid, 2007, pp. 27 ss.

¹⁹ La Exposición de motivos de la citada Ley establece que «El ordenamiento jurídico y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos.»

²⁰ Y ello justifica, igualmente, que determinadas leyes veten su intervención cuando exista riesgo de lesión a su persona, su formación o, en definitiva, a su desarrollo integral. Así, podemos citar a título de ejemplo, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción

es mucho más patente en lo que se refiere al ejercicio de derechos constitucionales y que aparece bastante más atenuada respecto a los derechos de contenido patrimonial o económico.

Partiendo de las distintas posibilidades de actuación del menor contenidas en el Código Civil y en las normas que conforman su estatuto jurídico, es interesante distinguir aquellos supuestos en los que su participación se limita a una mera audiencia, aquéllos en los que se le legitima para realizar una determinada actuación o efectuar una solicitud por sí mismo y aquellos otros, mucho más trascendentes, en los que el menor de edad adopta una decisión o presta efectivamente su consentimiento ²¹.

En el primero de los casos mencionados ²² el menor debe ser escuchado ²³, lo que debe ser interpretado en el sentido de que pueda

y trasplante de órganos (art. 4) y el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos [art. 9.1.a)], según los cuales para que una persona pueda donar órganos para su ulterior injerto o implantación debe ser mayor de edad. También cabe destacar la esterilización y la cirugía transexual a las que sólo pueden prestar su consentimiento los mayores de edad, tal como se deduce del art. 156.1 CP.

²¹ Vid. RIVERO HERNÁNDEZ, quien analiza la participación del menor en situaciones concretas según y en función de su interés (decisiones sobre su salud, en relación con su derecho a la intimidad, en materia de educación, respecto a su derecho a la libertad religiosa, etc.) (*El interés del menor*, cit., pp. 209 ss.).

²² En lo que se refiere a este primer grupo de supuestos, este reconocimiento progresivo de la capacidad del menor al que hemos hecho referencia se pone de manifiesto en la extensión a los distintos textos normativos del concepto «ser escuchado si tuviera suficiente juicio». En este sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (ratificada por España el 30 de noviembre de 1990) reconoce el derecho del niño a expresar libremente su opinión en todos los asuntos que le incumban, y añade que, a tal fin, se le dará la oportunidad de ser escuchado, por sí o a través de representante legal, en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte (art. 12). Como consecuencia, el art. 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor garantiza el derecho de éste a ser oído «tanto en el ámbito familiar, como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social» y añade que «cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos» (art. 9.3 LOPJM). Como ejemplos en el Código Civil, nos encontramos con el derecho del menor a ser escuchado en los casos de separación, nulidad y divorcio de sus padres cuando el juez deba adoptar medidas relativas a su custodia, cuidado o educación (art. 92.2 CC). Asimismo, para la constitución de la tutela, el órgano judicial debe dar audiencia al menor tutelado si tuviere suficiente juicio y, en todo caso, cuando sea mayor de 12 años (art. 231 CC). Los menores deben ser oídos por sus progenitores cuando éstos, en el ejercicio de la patria potestad, adopten decisiones que les afecten (art. 154.3 CC). También en caso de desacuerdo de los padres, el juez debe dar audiencia al menor de edad si tuviera suficiente juicio, y en todo caso al mayor de 12 años (art. 156.2 CC). Así sobre el cuidado de los hijos por padres que viven separados (art. 159 CC). En los casos de tutela, el juez escuchará al menor cuando haya desacuerdo entre los tutores (art. 237.2) o para autorizar determinadas actuaciones (arts. 271, 272 y 273 CC). Del mismo modo, para formalizar la adopción se requiere la audiencia del adoptando menor de 12 años (art. 177.3.3.º CC), etc. En la Ley de Enjuiciamiento Civil también encontramos preceptos en los que se le impone al órgano judicial la audiencia del menor: art. 770-4.º o art. 777.5 LEC.

²³ RIVERO HERNÁNDEZ matiza que para que el menor pueda opinar de manera valiosa y atendible en Derecho, será necesario que se le proporcione toda la información nece-

manifestar su opinión sobre los asuntos que le incumben, pero es importante hacer hincapié en que la decisión al respecto es tomada por el juez (o los padres o tutores, en su caso), único legitimado para adoptar las medidas que establece la ley para cada caso. Es decir, se trata de una declaración de voluntad del menor que carece de efectos jurídicos propios, cuyo contenido no vincula al órgano judicial, único facultado para determinar el sentido de su intervención.

En el segundo grupo de supuestos se eleva la capacidad de actuación del menor, a quien se le permite una intervención directa mediante el inicio de un procedimiento o la solicitud de un pronunciamiento administrativo o judicial encaminado a la protección de su persona o de su patrimonio ²⁴.

Y en tercer lugar, junto a los citados supuestos en los que las opiniones o los requerimientos del menor deben ser cuanto menos escuchados por los poderes públicos, en el actual régimen jurídico del menor se le reconoce a éste la capacidad para prestar el consentimiento para la realización de actos o la celebración de negocios jurídicos de indudable trascendencia para su persona y su patrimonio ²⁵.

saría, adecuada a su edad y discernimiento, a fin de que pueda conocer los datos y opciones que conformarán su opinión o deseo (en este sentido, el art. 133.2 CF Cat.) (*El interés del menor*, cit., p. 193).

²⁴ Son los casos contemplados, entre otros, en los arts. 158 y 167 CC, respecto a la actuación de los padres titulares de la patria potestad; también para la solicitud de remoción del tutor (art. 248 CC); para el nombramiento de defensor (art. 300 CC); en el caso de la emancipación por concesión judicial (art. 320 CC) o del beneficio de la mayor edad (art. 321 CC); o la solicitud de la dispensa de edad para contraer matrimonio (art. 48.2.º CC) (En este sentido, CARRIÓN OLMOS, *Matrimonio y divorcio*, cit., p. 206; GETE ALONSO, *La nueva normativa...*, cit., p. 43; GONZÁLEZ PORRAS, «Notas sobre la «justa causa» y otras cuestiones que plantea el matrimonio civil de menores no emancipados», cit., pp. 555 y ss.; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, cit., p. 114; SALVADOR CODERCH, *Comentario del Código Civil*, cit., p. 272). Asimismo, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establece que para la garantía y adecuada defensa de sus derechos, el menor de edad puede solicitar la protección y tutela de la entidad pública competente [art. 10.2.a) LOPJM]; poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las situaciones que a su juicio atenten contra sus derechos, a fin de que se promuevan las oportunas actuaciones [art. 10.2.b), art. 4.4 LOPJM]; plantear sus quejas al Defensor del Pueblo [art. 10.2.c) LOPJM]; y solicitar los recursos sociales disponibles de las Administraciones Públicas [art. 10.2.d) LOPJM].

²⁵ Entre éstos, gozan de especial relevancia los actos relativos a los derechos de la personalidad excluidos de la representación legal (art. 162.1.º,1 CC), para los que se sigue el criterio de la progresiva capacidad del menor en función de su edad y madurez, y respecto de los que únicamente se limita su ejercicio en su propio beneficio (interés superior del menor). Como ejemplo de los citados derechos, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor contempla el derecho a la información (art. 5), la libertad de ideología, conciencia y religión (art. 6), derechos de participación, asociación y reunión (art. 7) o la libertad de expresión (art. 8). También se han de mencionar aquéllos actos que el menor, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo (art. 162.1.º,2 C.C.). Como actos en los que la declaración de voluntad del menor goza de eficacia jurídica en el Código Civil, también se han de citar: la emancipación por concesión de quienes ejercen la patria potestad (art. 317 CC); el acogimiento (art. 173.2 CC) y la adopción (art. 177.1 CC) del mayor de doce años. También se incluyen las decisiones respecto al ejercicio de la patria potestad sobre sus propios hijos, aunque con la asistencia de los representantes legales del menor (art. 157 CC); o para la administración de los bienes fruto de su propio trabajo o industria (art. 162.3.º CC). El menor ha de prestar su consentimiento

Centrándonos en el tema que nos ocupa, cual es la dispensa de edad por justa causa, debemos resaltar que tras la debida autorización judicial, es el propio menor quien presta el consentimiento, de modo que, como no podía ser de otra manera (arts. 45, 162.1.º y 267 CC), el juez no consiente el matrimonio, sino que permite que sea el menor quien por sí solo afronte la decisión y por su propia voluntad asuma las consecuencias de un acto de indudable trascendencia jurídica. Dicho de otro modo, el órgano judicial se limita a considerar la procedencia de esa «justa causa» a la que alude el precepto señalado pero la capacidad para comprender y asumir la institución matrimonial de quien presta el consentimiento es la de una persona de catorce años. De este modo, de entre las tres clases de supuestos a los que hemos aludido en los que la participación del menor tiene distinta trascendencia en función de la eficacia jurídica que se haya de otorgar a su declaración de voluntad, el matrimonio del menor con catorce años queda incluido en el tercero de los grupos señalados.

Los interrogantes que la cuestión plantea son muchos, pero quizás por encima de todos haya dos cuestiones que reclaman una respuesta: 1.º) ¿Al otorgar capacidad de decisión a un menor de catorce años para contraer matrimonio, se está asegurando de manera adecuada el ejercicio de su libertad personal como derecho fundamental consagrado y especialmente protegido en la Constitución? 2.º) ¿Existe alguna causa que pueda ser considerada «justa» al objeto de permitir que un menor con esa edad preste válidamente el consentimiento matrimonial?

En cuanto a la primera cuestión, hemos de volver sobre el cambio conceptual que la institución de la minoría de edad ha experimentado en las últimas décadas. Como ya ha quedado señalado, en la actualidad se constata la pérdida de vigencia de la visión meramente protectora del menor en pro de una concepción más activa que promueve su autonomía como sujeto de derechos y le reconoce capacidad para concretar y defender sus intereses de forma paulatina, en función de la progresiva madurez que va adquiriendo con el paso de los años y sus experiencias vitales, siempre en atención a su propio beneficio. Una participación que se acentúa en el ámbito de los derechos fundamentales, donde el interés del menor cobra

para la celebración de contratos por los que se obligue a realizar prestaciones personales (art. 162, *in fine* CC); el menor de catorce años cumplidos puede hacer testamento (art. 663.1.º CC). Pueden los menores asimismo aceptar donaciones (arts. 625 y 626 CC), realizar donaciones por razón de matrimonio (art. 1338 CC) o capitulaciones matrimoniales (art. 1329 CC), etc. Sobre la realización del menor de actos de contenido patrimonial en el curso normal del tráfico jurídico al amparo del art. 162, 1.º, 2 CC, *vid.* JORDANO FRAGA, «La capacidad general del menor», *La tutela de los derechos del menor*, cit., pp. 243 ss.

especial relevancia para permitirle su goce efectivo²⁶. En este sentido, siempre que la madurez del menor lo permita, y su interés lo aconseje, se le faculta para decidir y actuar según sus propias convicciones. Ello no obstante, también se ha de señalar que el propio contenido y ejercicio de los derechos aludidos puede en muchos casos ser modulado o restringido en lo que se refiere al menor de edad, precisamente con el objetivo de protegerle y dotarle de las máximas garantías en su actuación.

Moviéndonos como estamos en la órbita del derecho a contraer matrimonio, no cabe duda de que su ejercicio afecta en un importante grado a la libertad personal del menor, hasta el punto de condicionar su vida y sus relaciones afectivas o personales y también patrimoniales. Por todo ello, la exigencia de la adecuada madurez para adoptar una decisión al respecto ligada a una determinada edad supone más que una restricción, una garantía de su libertad en el futuro. El permitir a un menor con catorce años contraer matrimonio podría atentar, en principio, contra esa autonomía, pues no parece que la madurez psíquica y emocional correspondiente a un adolescente de catorce ó quince años proporcione las garantías suficientes para asegurar un consentimiento libre destinado a constituir un vínculo, como es el conyugal, con vocación de permanencia²⁷.

Desde la óptica constitucional, el derecho a contraer matrimonio (art. 32 CE) supone una importante manifestación de la libertad personal y del libre desarrollo de la personalidad, lo que justifica que el *ius connubii* sea concebido como un derecho primordial de la persona que vincula a los poderes públicos (art. 32 y 53.1 CE)²⁸. Como consecuencia, el ejercicio de este derecho debe estar cubier-

²⁶ Así, los arts. 3 ss. De la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; art. 3 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del honor, intimidad personal y familiar y de la propia imagen; art. 2 de la Ley 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho de educación; Ley orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa; Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativa; o la Convención de Derechos del Niño de 1989.

²⁷ Como afirma SALVADOR CODERCH, «el texto constitucional (así como el art. 44 CC) refieren el derecho a contraer matrimonio al *hombre* y a la *mujer* (art. 32.1 CE). No al niño y a la niña, al adolescente y a la adolescente pero tampoco al varón y mujer mayores de edad o capaces de obrar», y añade «la regla del art. 32.1 CE queda así configurada como una norma sustantiva sobre la madurez necesaria para contraer matrimonio y limita sustancialmente el alcance de la remisión a la Ley que realiza luego el 32.2 en materia de edad y capacidad para contraer matrimonio» (Comentario del art. 44 CC, en *Comentarios a las reformas...*, cit., pp. 122-123).

²⁸ El derecho a contraer matrimonio es reconocido en el art. 16 de la Declaración Universal de los derechos humanos de 1948, en el art. 12 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales del Hombre de 1950, art. 23.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y art. 16 de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979.

to de las máximas garantías, y ello exige un control de valoración de la libertad y de la aptitud personal para la válida prestación del consentimiento (art. 45 CC). Y no parece que, a la luz de la Constitución, sea fácilmente defendible el matrimonio de un menor con catorce años, aun concurriendo alguna causa justificadora para el mismo. Más bien se podría pensar que nos encontramos ante una reminiscencia del pasado ligada a la función de procreación del matrimonio, por la que se prima el elemento biológico en detrimento del psíquico o mental, lo que en última instancia repercute negativamente en la protección de la libertad personal del contratante²⁹. El cambio de criterio de madurez biológica por madurez psicológica obedece al necesario reconocimiento de la libertad personal como derecho fundamental del individuo que no puede ser impedido como consecuencia de la adopción de decisiones, en este caso contraer matrimonio, para las que se carece de la madurez necesaria y que implicarían una vinculación en un proyecto de futuro. Permitir el matrimonio a los catorce años de edad supone una amenaza al principio de libertad matrimonial y conculca las mínimas garantías exigibles en un sistema proteccionista de los menores como es el nuestro.

Pero con todo, no se trata sólo de garantizar la autonomía personal en el momento de prestar el consentimiento. Hay además otro argumento en contra que enlaza directamente con el principio de igualdad. La decisión de contraer matrimonio y, con ello, de formar una familia, incide muy notablemente en las posibilidades de proseguir con la formación cultural y profesional de uno o de ambos contrayentes, lo que puede suponer una frustración de las propias aspiraciones y una clara vulneración del principio de libre desarrollo de la personalidad³⁰. No cabe duda de que el matrimonio a edades tan tempranas puede obstaculizar, si no impedir, la educación y la formación de los menores; situación que podría verse agravada en lo que a la mujer se refiere pues, según los datos que se manejan, a menos que su propia capacidad económica lo

²⁹ En la legislación anterior a la reforma efectuada en 1981 la ausencia del requisito de la edad no era susceptible de dispensa, aunque sí de convalidación, que se producía de forma automática y sin necesidad de declaración judicial expresa en los casos siguientes: *a*) por la convivencia de los cónyuges, un día después de alcanzada la pubertad legal sin haber interpuesto la acción de nulidad; y *b*) por el embarazo de la mujer antes de la pubertad legal o de haberse entablado la reclamación (art. 83.1 CC).

³⁰ En este sentido también se pronuncia SALVADOR CODERCH, quien, al considerar el matrimonio de adolescentes opina que constituye asimismo una vulneración del principio de protección a la familia (art. 39 CE), desde el momento en que se desresponsabiliza a la familia de origen de los contrayentes de su protección y cuidado y, a su vez, se permite la constitución de una nueva en la que, al menos uno de sus miembros, carece del nivel de desarrollo personal, cultural y profesional que le permita ejercer las funciones apropiadas a la nueva situación (*Comentarios a las reformas...* cit., p. 157).

evite, a las limitaciones que puede sufrir su propia formación hay que añadir la situación de dependencia que es susceptible de generar respecto del marido y que puede suponer, no ya en el presente sino también en el futuro una quiebra definitiva de su autonomía personal ³¹.

Respecto al segundo interrogante planteado, se trata de analizar cuál pueda ser esa «justa causa» a la que alude el precepto y que justifica que el juez encargado del Registro Civil autorice el matrimonio en edades tan tempranas. La primera reflexión que surge es que, cuando el legislador contempla una causa, cualquiera que ésta sea, como excepción a la capacidad legal para contraer matrimonio, parece que se está refiriendo a un acontecimiento externo a la propia persona, lo que no concuerda muy bien con el régimen establecido en el que, como se ha dicho, se atiende a elementos intrínsecos al sujeto para certificar su aptitud personal a la hora de otorgar el consentimiento. Dicho de otro modo, la capacidad para prestar válidamente el consentimiento matrimonial queda definitivamente referida a la madurez psíquica o mental de los contrayentes, lo que justifica la exigencia de la mayoría de edad, o como mínimo, la emancipación. Por el contrario, en los casos excepcionales en los que el juez autoriza a una persona a contraer matrimonio cuando no cumple con tales requisitos de edad, la norma no parece exigir un especial análisis de la capacidad del menor sino que ordena se atienda a la justicia y oportunidad de una circunstancia externa que debe ser alegada y probada por el peticionario (RDGRN de 7 de abril de 1995) para fundamentar la autorización del matrimonio ³². Y de lo que no cabe duda es de que, cuando el art. 48.2 CC alude a la justa causa, ésta debe ser apreciada de con-

³¹ En el país vecino, Portugal, un decreto de 1977 (núm. 496/77, de 25 de noviembre) reforma el Código Civil de 1966, tras la Constitución de 1976. Con la mencionada reforma se fija la edad núbil a los dieciséis años tanto para el varón como para la mujer, y en cuanto a esta última se justifica en aras de una mayor protección del derecho de igualdad, de modo que no se impida o se interrumpa la formación de la menor y con ello las posibilidades futuras de acceder a un puesto de trabajo con lo que asegurar su independencia económica (DE MAGALHÃES COLLAÇO, «A reforma de 1977 do Código Civil de 1966. Um olhar vinte e cinco anos depois», *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, *Direito da Família e das Sucessões*, Coimbra, 2004, p. 27).

³² *Vid.* art. 260.1 RRC, donde se establece que quien solicite una dispensa debe acreditar «los motivos de índole particular, familiar o social que invoque». En la doctrina, ARECHEDERRA afirma que cabría esperar que cuando se dispensa del requisito de la edad sea por excepcionales razones de madurez, lo que no parece a la luz de la casuística que se ha ido produciendo; y añade «nunca habrá justa causa que dispense lo indispensable: el consentimiento matrimonial. Consentimiento que presupone discernimiento» (Comentario del art. 45 CC, en LACRUZ, *Matrimonio y Divorcio, Comentario al nuevo Título IV del Libro Primero del Código Civil*, Madrid, 2.ª ed., 1994, pp. 105 y 107). SALVADOR CODERCH opina, sin embargo, que la existencia de justa causa «obliga al juez a realizar un control de valoración de la libertad, seriedad y consciencia de la decisión matrimonial del menor» (*Comentarios a las reformas...*, cit., p. 133). En el mismo sentido, ASÚA GONZÁLEZ, *Comentarios...*, cit., p. 515.

formidad con los valores que sobre el matrimonio manifiesta la Constitución, lo que se traduce no sólo en la necesidad de garantizar la libertad personal y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 de la Constitución) de los futuros contrayentes, sino también de tutelar el significado y la finalidad de la institución³³.

Cual sea esa justa causa es una cuestión a la que los autores no parecen poder dar una respuesta, probablemente porque, como ya ha quedado dicho, resulte difícil imaginar una razón que justifique semejante quiebra del sistema. Entre los fundamentos más frecuentemente aludidos se halla el embarazo de la contrayente, que si bien en unos primeros momentos pudo ser tenido en cuenta a efectos de autorizar el matrimonio (RDGRN de 25 de enero de 1985), en la actualidad se ha de excluir como única causa posible de dispensa del requisito de edad³⁴, como así ha sido puesto de manifiesto en recientes resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado:

«La peticionaria ha alegado como justa causa para la obtención de la dispensa el encontrarse embarazada y que la oposición de su padre está fundamentada en problemas mentales que éste padece. Tal embarazo, no obstante ser una causa de cierta entidad, no puede por sí solo ser suficiente para la obtención de dicha dispensa, como tampoco lo pueden ser los supuestos problemas mentales del padre. En efecto, ninguno de los argumentos expuestos por la recurrente está probado y el Encargado debe tratar, con un criterio objetivo, de cerciorarse respecto a la conveniencia del matrimonio para la peticionaria; y es evidente que, para llegar a esa apreciación, debe tener en cuenta, muy especialmente, las manifestaciones de los padres y por supuesto del Ministerio Fiscal como defensor nato del menor. Teniendo en cuenta que tanto el padre como el Fiscal consideran que es conveniente que la menor no interrumpa sus estudios y que ambos manifiestan su oposición al pretendido matrimonio, es procedente el criterio del Encargado de entender que no existe justa causa para conceder la dispensa de edad.» (RDGRN de 29 de abril de 2000).

³³ En este sentido ocurre algo similar en lo que se refiere a las causas de emancipación contempladas en el Código Civil (arts. 314 ss. CC), en las que se atiende a acontecimientos externos a la capacidad y madurez del menor de edad.

³⁴ En contra de que sea el embarazo, BAENA RUIZ, «La edad como requisito de capacidad para contraer matrimonio» en *La tutela de los derechos del menor*, Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba, marzo 1985, p. 65; CARRIÓN OLMOS, en *Matrimonio y divorcio*, cit., p. 194 y ss.; GONZÁLEZ PORRAS, «La menor edad después de la constitución y de la reforma del código Civil.», cit. p. 474; PÉREZ DE CASTRO, *El menor emancipado*, cit., pp. 40 y 110 ss.

«La peticionaria ha alegado y probado como justa causa para la obtención de la dispensa el encontrarse embarazada. Tal embarazo, no obstante ser una causa de cierta entidad, no puede por sí sola ser suficiente para la obtención de dicha dispensa. En efecto, el Encargado debe tratar, con un criterio objetivo, de cerciorarse respecto a la conveniencia del matrimonio para la peticionaria; y es evidente que, para llegar a esa apreciación, debe tener en cuenta, muy especialmente, las circunstancias personales del otro contrayente.» (RDGRN de 25 de abril de 1996).

«En el caso presente, a pesar del embarazo de la promotora, de quince años de edad, y del propósito firme de ésta y del pretendido contrayente de casarse entre sí, hay que concluir que no concurre aquel requisito a la vista de la oposición frontal de los padres de la menor que han sido oídos, como es preceptivo, en el expediente, y, sobre todo, de los antecedentes y la falta de medios económicos del varón, reconocidos por éste y por la solicitante, que no constituyen una garantía sólida para una vida familiar normal ni para la crianza y educación del hijo esperado.» (RDGRN de 28 de marzo de 1985).

Como se puede constatar en las resoluciones señaladas, el embarazo de la menor no es motivo suficiente para autorizar el matrimonio, si bien la gestación de la mujer sigue siendo considerada «causa de cierta entidad». Dicha apreciación permite autorizar el matrimonio cuando concurren otros requisitos como la opinión favorable de los padres (RDGRN de 25 de enero de 1985) o la capacidad económica del otro contrayente (RDGRN de 28 de marzo de 1985). Pero estos motivos en ningún caso garantizan la concurrencia de la madurez personal suficiente³⁵ y, sobre todo, no aseguran —más bien todo lo contrario— la plena autonomía de la menor que contrae matrimonio. El propio hecho de la concepción, unido al más que probable abandono de la propia formación y a la incapacidad para percibir ingresos profesionales³⁶ aumenta el riesgo de generar una situación de dependencia respecto del varón

³⁵ En palabras de FORTINO: «No es suficiente el embarazo de la mujer para conceder la autorización al matrimonio, si tal circunstancia, aun siendo fundada y grave, no se acompaña de la capacidad de concebir el matrimonio como compromiso de vida común, asumido de forma responsable por los solicitantes, y demostrada la independencia psicológica respecto de los progenitores. Son sin embargo considerados indicios de suficiente madurez: la duración de la relación afectiva, la ya comenzada convivencia *more uxorio*, la circunstancia de que el sujeto haya concluido satisfactoriamente un determinado ciclo de estudios o que desarrolle una actividad laboral, la seriedad del programa de vida en común» (*Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, 2.ª ed., Giuffrè, Milán, 2004, p. 105).

³⁶ No nos olvidemos que, según el ET la edad mínima para realizar una actividad remunerada son los dieciséis años (art. 6.1) y sólo se autoriza a los menores para determinadas intervenciones en espectáculos públicos (art. 6.4 ET y el RD 1435/1985, de 1 de agosto, que lo desarrolla).

quien, a través de su trabajo proporciona la única fuente de ingresos en la familia. Una situación que, como ya se ha indicado, puede repercutir muy negativamente en la autonomía personal de la adolescente, creando serios obstáculos a su independencia presente y futura.

Además, se ha de tener en cuenta que conceder la dispensa al menor supone permitir un matrimonio que implica, como sabemos, la emancipación (arts. 314.2 y 316 CC), por lo que al necesario control sobre la madurez de juicio específicamente referida al matrimonio se ha de sumar la aptitud para todos aquellos actos jurídicos que le son permitidos realizar al emancipado. Este último apunte cobra especial relevancia con motivo de la reciente modificación del Derecho matrimonial operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, a la que aludiremos en la tercera parte de este trabajo. La supresión de las causas de separación y divorcio y, en especial, la notable reducción del plazo para solicitar la disolución del vínculo conyugal (tres meses desde la celebración del matrimonio: arts. 81 y 86 CC), permite que se produzcan situaciones como ésta: un menor de edad que con catorce años obtiene la dispensa para contraer matrimonio ex art. 48.2.º CC, como consecuencia del matrimonio contraído se emancipa (arts. 314.2.º y 316 CC), transcurridos tres meses solicita el divorcio (art. 86 CC) y una vez obtenido éste, puede volver a contraer inmediatamente matrimonio, esta vez sin ningún tipo de control judicial sobre su capacidad a pesar de su corta edad que puede incluso no alcanzar los quince años.

Por todo lo dicho, en coherencia con el nivel de participación del menor en la defensa de sus intereses nos parece razonable, como ya han apuntado algunos autores³⁷ y fue incluso planteado durante la tramitación de la ley de 1981, elevar la edad a partir de la cual el juez pueda autorizar a un menor a contraer matrimonio, siendo los dieciséis años la más adecuada en coherencia con el régimen de la emancipación. Y de hecho, el legislador ha perdido una buena oportunidad de hacerlo al hilo de las reformas del Derecho de familia realizadas en 2005. Ciertamente es que, en la práctica, se estaría autorizando a contraer matrimonio a aquellos menores que previamente no se hubieran emancipado, lo que supondría, a fin de cuentas, un supuesto de emancipación por concesión judicial pero sin atender a las causas recogidas en el art. 320 CC³⁸. Junto al requisito de edad, también se habría de exigir, tal y como hace el

³⁷ En este sentido, CARRIÓN, en *Matrimonio y divorcio...*, cit., p. 199 y esp. nota a pie de pág. 10.

³⁸ Sobre la emancipación y su significado actual, LACRUZ, *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, vol. 2.º, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 132 ss.

art. 84 del Código Civil italiano³⁹, el adecuado control de valoración sobre la capacidad y madurez de los solicitantes, así como de los medios económicos con los que cuentan y las posibilidades de continuar con su formación personal o profesional, de modo que quede adecuadamente garantizado el ejercicio del derecho a contraer matrimonio y con ello la libertad personal de los futuros contrayentes.

1.3 El Matrimonio en Circunstancias Especiales de Capacidad

Otra cuestión que surge respecto a la capacidad del mayor de edad para contraer matrimonio es la valoración de la aptitud de aquellos que sufren algún tipo de deficiencia o anomalía psíquica, lo que incluye también a los incapacitados⁴⁰. Es bien sabido que el consentimiento al que alude el art. 45 CC debe ser un consentimiento libre y exento de vicios, de modo que la falta de discernimiento como consecuencia de una perturbación mental pone en entredicho la verdadera voluntad del contrayente y la necesaria libertad de actuación del mismo.

La derogación de la norma que vedaba la celebración del matrimonio a todos aquellos que no estuviesen «en el pleno ejercicio de su razón» al tiempo de contraerlo (antiguo art. 83, 2.º CC)⁴¹, así

³⁹ En esta materia es destacable el art. 84 del Código Civil italiano, en el que se establece que «Los menores de edad no pueden contraer matrimonio. El tribunal, a instancia del interesado, constatada su madurez psicofísica y el fundamento de las razones aducidas, oído el Ministerio Público, los padres o el tutor, puede por Decreto emitido en la Cámara del Consejo, admitir por graves motivos el matrimonio de quien haya cumplido dieciséis años». Sobre la cuestión, FORTINO, *Diritto di famiglia. I valori, i principi, le regole*, cit. pp. 103 ss.

⁴⁰ A favor de la capacidad del incapacitado para prestar consentimiento en un intervalo de lucidez, ALBALADEJO, *Curso de Derecho Civil*, cit., p. 49; ARECHEDERRA, Comentario del art. 45 CC, cit., p. 112; DÍEZ PICAZO-GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema...*, cit., p. 77; DURÁN RIVACOBRA, «El matrimonio en intervalo lúcido», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 2.º, Bosch, Barcelona, 1993, pp. 1271 ss.; GARCÍA CANTERO, «Comentario del art. 46 CC», en ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. II, Edersa, Madrid, 1982, p. 75.

⁴¹ En el proyecto de ley de reforma del Código Civil el art. 46 contaba con un segundo apartado según el cual no podían contraer matrimonio «los que no estén en el ejercicio de su razón». El grupo parlamentario UCD presentó una enmienda para su supresión cuya motivación decía: «Se trata de suprimir la mención que hace el referido artículo “a los que no estén en el ejercicio de su razón”, y ello por los siguientes motivos: Es innecesaria su mención habiendo un artículo como el 45 según el cual “no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial”. Era mucho más preciso en la idea el art. 83. 2 del Código actual: «...Y no obstante, se planteó la polémica de la capacidad matrimonial del demente en intervalo lúcido, polémica que debe quedar resuelta en sentido afirmativo porque no se puede discriminar a un ciudadano frente a la ley, y cercenar el ejercicio de un derecho constitucional». Los artículos 46 y 47 se refieren a la teoría de los impedimentos, que no son defectos de capacidad, sino prohibiciones legales para el matrimonio que afectan a las personas de los cónyuges como objeto de la relación matrimonial. Palacio del Congreso, 21 de abril de 1980» (*BOCG Congreso de los Diputados*, I Legislatura, serie A, 6 de diciembre de 1980, núm. 123-1, 1, pp. 868/2 y 868/3) (ARECHEDERRA, *Matrimonio y divorcio*, cit., p. 108).

como la nueva redacción del art. 56. 2.º CC, implica, como dos caras de la misma moneda, el reconocimiento de que no toda enfermedad o anomalía mental incapacita para prestar válidamente el consentimiento matrimonial; y, asimismo, que para aquellos que carecen de plena salud psíquica, la protección de su libertad personal exige un mayor control sobre la facultad de entender el significado del matrimonio y de querer contraerlo, a cuyo fin es requerido el dictamen médico pertinente que es preceptivo tanto en los casos de incapacidad natural como en la declarada judicialmente, en función, claro es, del contenido de la sentencia.

La cuestión tiene indudable trascendencia, pues no cabe impedir el *ius nubendi* a los afectados cuando su capacidad de raciocinio les permita conocer el significado del matrimonio y cuáles sean sus consecuencias. Esto supondría un grave atentado a los dictados constitucionales y en concreto al art. 32 CE, que reconoce la libertad nupcial y que, como sabemos, está incluido en el ámbito de aplicación del art. 49 CE. El proyecto de vida en común que significa el matrimonio puede perfectamente ser un proyecto adecuado a las distintas circunstancias de la persona, siempre que la madurez y capacidad de éstas les permita conocer y asumir las responsabilidades inherentes al estado de casado. En última instancia, de lo que se trata es de reconocer la libertad de decidir de las personas con discapacidad mental, a quienes no se les puede vetar el derecho a contraer matrimonio por el mero hecho de adolecer una minusvalía. El reconocimiento constitucional del derecho a contraer matrimonio, así como del libre desarrollo de la personalidad, unido a la presunción general de capacidad del mayor de edad para todos los actos de la vida civil que proclama el art. 322 CC exige un pronunciamiento a favor del matrimonio, que los autores extienden incluso a los casos en que se duda sobre el alcance de la discapacidad del contrayente⁴².

Cierto es que cabría apreciar una aparente contradicción entre el régimen predicable de los menores de edad y el correspondiente a las personas que sufren cierta discapacidad psíquica. Pero las diferencias son claras, en lo que concierne al menor, no se trata de vetarle el matrimonio, sino de brindarle una protección que se corresponde con una adquisición de capacidad de carácter evolutivo. El hecho de que el menor no contraiga matrimonio en la actua-

⁴² En caso de duda, se inclinan por consentir el matrimonio, GARCÍA-RIPOLL MONTJANO, *La protección civil del enfermo mental no incapacitado*, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 247-248; MARÍN LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil*, coord. por BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Aranzadi, 2001, p. 158; RUANO ESPINA, *La incapacidad para asumir las obligaciones esenciales del matrimonio por causas psíquicas, como capítulo de nulidad*, Barcelona, 1989; VENTURA VENTURA, en *Comentarios al Código Civil* coord. por RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 561-562.

lidad no significa que no pueda hacerlo en el futuro, cuando las condiciones de madurez sean las adecuadas, de conformidad con un estado jurídico que presumiblemente ha de llegar por el mero transcurso del tiempo.

En el sentido indicado se ha pronunciado la Dirección General de los Registros y del Notariado. En concreto, en la resolución de 1 de diciembre de 1987, al resolver el recurso motivado por la negativa de la Juez encargada del Registro Civil a autorizar el matrimonio de dos personas aquejadas de una oligofrenia leve, pese al informe facultativo favorable, la DGRN determinó lo siguiente:

«Ahora bien, aunque indudablemente el dictamen facultativo no es vinculante para el Encargado, si aquél ha entendido, como conclusión de un estudio razonado que “en la entrevista exploratoria ambos mostraron un conocimiento aceptable sobre lo que supone el matrimonio y sus consecuencias, y se podía apreciar un grado aceptable de voluntad como para prestar el consentimiento válido”, es obvio que la discrepancia del Encargado, para ser legítima, ha de estar fundada en su convicción sobre la falta de capacidad de los contrayentes, deducida de su apreciación y examen directo y personal de éstos. (...) La posibilidad, en fin, de que ciertas deficiencias o anomalías psíquicas, no graves, no impidan el matrimonio se desprende claramente del propio artículo 56 del Código Civil, que es la norma específica aplicable al caso; se halla en consonancia con la presunción general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 CC) y con la esencia del mismo *ius nubendi*, derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución (art. 32), que no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad.»

Del mismo modo se manifestó la DGRN en su resolución de 12 de marzo de 1994, por la que se permitió contraer matrimonio a la contrayente con una oligofrenia crónica que reducía su edad mental a los catorce años:

«Los diversos dictámenes médicos unidos a las actuaciones no excluyen la capacidad de la contrayente para prestar consentimiento, sino que al contrario estiman que el matrimonio sería aconsejable desde el punto de vista clínico (cuestión totalmente distinta es que desaconsejan la procreación); se aclara en ellos que la edad mental de catorce años hace referencia a una equivalencia aproximada del nivel de inteligencia, pero no a las vivencias de la contrayente que corresponden a una persona de más edad. (...) La conclusión adoptada es la que mejor se compagina con la presunción

general de capacidad de los mayores de edad para todos los actos de la vida civil (cfr. art. 322 CC) y con la esencia misma del *ius nubendi* derecho fundamental de la persona reconocido por la Constitución (art. 32), que no puede ser desconocido ni menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad. Aun en caso de duda, han de prevalecer los principios constitucionales del libre desarrollo de la personalidad y del ejercicio de los derechos fundamentales».

Como ha quedado dicho, incluso en los casos de incapacitación judicialmente declarada se reconoce el derecho a contraer matrimonio como manifestación de la libertad personal y del libre desarrollo de la personalidad, cuando las limitaciones sufridas por el afectado no afectan a su aptitud para entender y asumir el vínculo conyugal. Así, en la RDGRN de 30 de junio de 2005, en la que se reconoce que, a pesar de estar la contrayente judicialmente incapacitada y sufrir trastornos de la personalidad, tales limitaciones no le impiden conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva:

«Hay que advertir que la sentencia de incapacitación no podrá incluir en el ámbito o extensión de la incapacitación a que se refiere el art. 210 del Código Civil aquellos actos jurídicos que tienen carácter personalísimo en nuestro Derecho, y que como tales no admiten ni su realización sustitutiva por medio de representantes legales, ni el complemento de capacidad a través de la asistencia o aprobación de un curador, de forma tal que su posible ineficacia no derivaría de la incapacitación formal judicialmente declarada, sino de la incapacidad natural del afectado, como sucede en los casos de reconocimiento de hijos no matrimoniales o, en particular y por lo que ahora interesa, en el del matrimonio. (...) En el presente caso tal dictamen (facultativo) ha sido favorable en el sentido de constatar que la contrayente es una persona con una capacidad intelectual dentro de la normalidad que le permite mantener una vida de relación personal y social con su entorno y que, a pesar de los trastornos de la personalidad que se le observan, tales limitaciones no le impiden conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial y todas sus consecuencias»⁴³.

⁴³ Niegan la capacidad necesaria para prestar válidamente el consentimiento las RRDGRN de 17 de diciembre de 1993, 24 de marzo de 1994, 20 de enero de 1995, 23 de octubre de 1996, 2 de junio de 1999, 29 de enero de 2004. Sobre el consentimiento prestado por el incapacitado, *vid.* RRDGRN de 12 de marzo de 1993, 27 de julio de 1993, 18 de marzo de 1994.

2. LOS DEBERES CONYUGALES DESDE EL PRISMA DE LA LIBERTAD

Si bien tradicionalmente se ha dicho que la autonomía de la voluntad está muy restringida en la relación matrimonial, de modo que su principal manifestación se produce a la hora de decidir sobre la celebración del matrimonio, acordar el régimen económico matrimonial y, tras la crisis, adoptar las medidas personales y patrimoniales para el supuesto de separación o divorcio, lo cierto es que se ha producido una cierta flexibilización de su contenido como consecuencia de la consagración del principio de igualdad (arts. 14 y 32 CE) y del reconocimiento constitucional de la libertad personal de los cónyuges, que afecta tanto al contenido de la relación matrimonial, como, muy especialmente tras la reforma de 2005, a la decisión de disolver el vínculo conyugal.

En efecto, el reducido ámbito de aplicación de la autonomía privada en el Derecho de familia, cuyas normas son en su mayoría imperativas y de obligado cumplimiento, se ha justificado por la existencia de un orden público familiar de carácter indisponible por los particulares, que veta cualquier intromisión susceptible de alterar el marco jurídico en el que se desenvuelven las relaciones conyugales y paterno-filiales. La aparente rigidez del modelo que se desprende del Código Civil se pone de manifiesto, entre otros, en la imposibilidad de someter el matrimonio a término o condición alguna (art. 45 CC), así como dar cabida a cualquier tipo de pacto entre cónyuges. Ciertamente es, sin embargo, que a partir de 1975 y, sobre todo, tras las leyes reformadoras de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, consecuencia directa de la entrada en vigor de la Constitución de 1978, tiene lugar lo que podríamos denominar una privatización del Derecho de Familia, con el consiguiente auge de la autonomía de la voluntad, que se refleja en la nueva organización dual de la familia y en la necesidad de que los cónyuges adopten múltiples acuerdos para el normal desarrollo de la vida familiar.

Unos acuerdos que, sin coincidir en su significado con el concepto de negocio jurídico⁴⁴, permiten a los cónyuges organizar su

⁴⁴ En la doctrina, los autores, sin negar la imperatividad de los preceptos que regulan el contenido personal del matrimonio, admiten un cierto margen de autonomía a los cónyuges que les permita adoptar acuerdos sobre su ejercicio. En este sentido, es interesante la opinión de SALVADOR CODERCH, quien distingue el *negocio* del *acuerdo* entre cónyuges, negando la posibilidad del primero y por tanto su carácter vinculante: «la restricción del art. 45,2 CC es en cierto sentido antinegocial, mas no anticonsensual: niega el negocio, no el acuerdo. Y desde este punto de vista, la regla no restringe sino que amplía el ámbito de reconocimiento a la voluntad de los cónyuges en el matrimonio» (*Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 135 ss. y en *Comentario del Código Civil*, t. I, Minis-

vida doméstica, y respecto de los cuales el sistema va perdiendo rigidez a medida que el régimen del Código Civil se va permeabilizando por los principios y valores constitucionales y los cambios de mentalidades ⁴⁵.

Este mayor margen de libertad va a incidir muy directamente, como no podía ser de otra manera, en el contenido de la relación personal entre cónyuges, de modo que los tradicionales derechos y deberes consagrados en los artículos 67 y 68 del Código Civil, sin haber sufrido modificaciones de envergadura ⁴⁶, son objeto de un distinto tratamiento jurídico acorde con la nueva concepción de matrimonio imperante: un matrimonio civil, laico, presidido por los principios y valores democráticos, en cuya regulación priman los derechos fundamentales de los cónyuges. Desde esta perspectiva, el entendimiento de los deberes dentro del matrimonio no es sino una manifestación del proyecto de vida en común en que éste consiste, de modo que el ejercicio constante de estos deberes se

terio de Justicia, cit., pp. 265-266). Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», *Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado*, sep. núm. 9, Ilustre Colegio Notarial de Granada, mayo, 1986, pp. 9 ss.; DíEZ-PICAZO, «El negocio jurídico de Derecho de Familia», RGLJ, 1962, XLIV; EIRANOVA ENCINAS, «El nuevo Derecho de familia como sistema funcional», *RDF*, núm. 27, 2005, pp. 37 ss.; GETE ALONSO, *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 318 y en *Comentario a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1984, p. 323; PASTOR VITA, «Algunas consideraciones sobre la Ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», *RDF*, núm. 28, julio-septiembre 2005, p. 34; RUIZ-RICO RUIZ y CASADO CASADO, «Las uniones de hecho no matrimoniales: consideraciones generales y aspectos registrales», *RCDI*, núm. 685, sept.-octubre, 2004, pp. 2329.

⁴⁵ Sobre las más recientes conquistas de la autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia, *The role of self-determination in the modernisation of Family Law in Europe*, AA.VV. coord. por MARTÍN-CASALS y RIBOT, Documenta Universitaria, Girona, 2006.

⁴⁶ Con la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio se consagran los derechos y correlativos deberes entre cónyuges de forma recíproca y presididos por el principio de igualdad. El artículo 67 CC, cuyo antecedente legislativo inmediato se encuentra en la ley de 2 de mayo de 1975, establece el deber de respeto y ayuda mutuos, así como el deber de ambos cónyuges de actuar en interés de la familia. El artículo 68 CC, inalterado en su enunciado desde la promulgación del Código Civil, cierra el cuadro de derechos y deberes conyugales al consagrar la obligatoriedad de la convivencia, la fidelidad y el deber de socorro. Sobre la evolución y significado de los mencionados deberes vid. GARCÍA CANTERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, cit., pp. 171 ss.; GETE-ALONSO, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 115 ss. y *Comentario del Código Civil*, cit., pp. 317 ss.; LETE DEL RÍO, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, coord. por LACRUZ BERDEJO, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1994, pp. 627 ss.; LUNA SERRANO, *El nuevo régimen de la familia*, t. I. *Matrimonio y divorcio*, cit., pp. 115 ss.; MARÍN LÓPEZ, *Comentarios al Código Civil*, cit., pp. 167 ss.; MEDINA DE LEMUS, *Comentarios al Código Civil*, t. II, vol. 1.º, coord. por RAMS ALBESA, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 641 ss. Sobre la última reforma del deber de ayuda y socorro entre cónyuges, LÓPEZ DE LA CRUZ, «La incidencia del principio de igualdad en la distribución de las responsabilidades domésticas y familiares (la nueva redacción del artículo 68 del Código Civil tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio)», *RDP*, 2007, marzo-abril, pp. 3 ss.

traduce, en última instancia, en una continua aceptación del matrimonio.

Incluso el propio incumplimiento de los deberes conyugales se dota de una menor trascendencia, como lo manifiesta la escasa reacción del ordenamiento jurídico frente al mismo ⁴⁷ –salvo que se lesione un derecho fundamental– así como el distinto tratamiento que le brindan los propios esposos, quienes libremente deciden asignarle un mayor o menor peso a la hora de abordar la crisis conyugal (por ej., la infracción del deber de fidelidad).

Se produce en consecuencia un salto cualitativo que se refleja en que no se ordena ya el comportamiento, sino que se imponen unos límites, que se traducen principalmente en el respeto debido a los derechos fundamentales de cada uno de los cónyuges ⁴⁸. De lo que se trata es de establecer el marco jurídico donde se desenvuelve la autonomía de los esposos. A partir de ahí, el contenido de los deberes matrimoniales se dilata o se restringe en función de los intereses personales de cada uno y del significado que ambos hayan optado por dar a su matrimonio. Se constata igualmente como la libertad personal actúa unas veces como impulsora y otras como elemento delimitador de las conductas, en una interpretación de los clásicos deberes personales que poco o nada tiene que ver con el concepto que se ha mantenido de los mismos durante el pasado siglo ⁴⁹.

⁴⁷ Al suprimir la Ley de 8 de julio de 2005 las causas de separación y divorcio desaparecen las consecuencias jurídicas que el incumplimiento de los deberes conyugales pueden provocar. Se plantea entonces su semejanza a meros deberes éticos o morales, y se empieza a cuestionar hasta qué punto el legislador puede regular la vida íntima de los cónyuges.

⁴⁸ En este sentido ya se pronunció ROCA TRÍAS, «Familia, familias y Derecho de la familia», cit. pp. 1067 y ss. y en *Familia y cambio social (De la casa a la persona)*, Civitas, Madrid, 1999, p. 70. Más reciente, en «Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis», Estudios homenaje al Profesor Puig Ferriol, 2005.

⁴⁹ El entendimiento de los deberes conyugales consagrados en el Código Civil que, como se ha dicho, se han mantenido desde la entrada en vigor del texto codificado, no puede hacerse sino atendiendo al contexto legal y, en su justa medida histórico-sociológico, que ha ido variando a lo largo del siglo xx y xxi. En efecto, si nos situamos en los momentos iniciales de entrada en vigor del Código Civil y hasta bien entrado el siglo xx, en concreto hasta la Ley de 2 de mayo de 1975, constatamos la existencia de un concepto rígido de matrimonio, cuya nota característica era la situación de discriminación jurídica que sufría la mujer respecto del marido, y que se traducían en el deber de obediencia de ésta a su esposo (art. 57), la necesidad de licencia marital para que la mujer pudiera actuar en el tráfico jurídico (arts. 61 y 62), el otorgamiento de la administración de los bienes comunes del matrimonio al marido –si bien con la Ley de 24 de abril de 1958 se requerirá el consentimiento de la mujer para disponer de bienes de cierta entidad económica (art. 1413)–, la representación legal de la mujer por aquél (art. 60) o la atribución sólo a él de la patria potestad sobre los hijos menores de edad (art. 154). En este contexto, la interpretación de los deberes conyugales estaba orientada a mantener el *status quo* legalmente establecido. Así, el deber de convivencia entre cónyuges se traducían en la libre fijación del domicilio por el marido y la obligación de la mujer de seguirle allí donde aquél decidiese fijar su residencia, salvo excepciones contenidas en la ley (art. 58). La mujer carecía de capacidad para tener su propio domicilio; solamente cuando se propusiera interponer una demanda de separación o de nulidad matrimonial, o una querrela por amancebamiento podía el juez

permitirle tener un domicilio elegido por ella, aunque siempre supeditado a que efectivamente se interpusiera esa demanda o querrela. Por tanto, fuera de estos supuestos, la mujer estaba obligada a convivir con el marido, de modo que los tribunales podían obligarla a volver al hogar conyugal cuando aquél así lo solicitase. En cuanto al deber de ayuda y socorro entre cónyuges recogido en el antiguo artículo 56 CC, quedaba igualmente definido en función del deber del marido de proteger a su esposa, correlativo al deber de ésta de obedecer a su marido. Se trataba también de una protección económica, como no podía ser de otra manera puesto que a la mujer no se le permitía ejercer ninguna actividad sin permiso del marido. Precisaba licencia marital para adquirir por título oneroso y lucrativo, enajenar sus bienes y obligarse. Si bien el artículo 58 de la derogada Ley de contrato de trabajo expresamente autorizaba a la mujer separada de hecho a percibir, aun en contra de la voluntad de su marido, la remuneración de su propio trabajo. Respecto al deber de fidelidad, en un primer momento más bien se puede hablar de deber de reproducción, pues el matrimonio estaba orientado a la procreación y el deber de los esposos era contribuir a este fin. El deber de fidelidad tenía pues tanto un aspecto positivo como negativo. En su aspecto positivo existía el llamado débito conyugal, el cónyuge tenía derecho a que el otro cooperase para tener hijos. En cuanto a su aspecto negativo, los cónyuges debían abstenerse de mantener relaciones sexuales con terceros, sin embargo, las consecuencias de la infracción del deber de fidelidad eran muy distintas para hombres y mujeres. La infidelidad de la mujer se castigaba mucho más severamente que la del marido, aquella podía ser acusada del delito de adulterio, mientras que para el hombre se tipificaba el delito de amancebamiento, que sólo era punible «cuando tuviere manceba dentro de la casa conyugal, o notoriamente fuera de ella». Además, hasta 1962 existió en el Código Penal español un precepto, el art. 428, que castigaba «con la pena de destierro» «al marido que sorprendiendo en adulterio a su mujer, matare en el acto a los adúlteros o a alguno de ellos, o les causare cualquiera de las lesiones graves. Si les produjere lesiones de otra clase quedará exento de pena». Y cabe recordar asimismo que no será hasta 1981 cuando se reconozca a ambos progenitores la patria potestad sobre sus hijos menores de edad, y se equiparen en derechos los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio.

Con la Ley de 2 de mayo de 1975 tiene lugar una importante modificación del Derecho de Familia. Con esta norma se suprime la licencia marital y las limitaciones de capacidad que sufre la mujer casada; en consecuencia, el marido deja de ser el representante legal de su mujer; se establece una total independencia de los cónyuges en el ejercicio de sus derechos privativos, aunque el marido continua en la administración de los bienes comunes; se permite pactar sobre el régimen económico matrimonial; se producen importantes reformas en materia de nacionalidad que afectan a la mujer; y, en definitiva, se predica la igualdad de ambos cónyuges, pero con ausencias importantes en temas como la patria potestad o el régimen económico matrimonial. En este nuevo contexto la forma de interpretar los deberes conyugales sufre algunas alteraciones. El deber de convivencia no es objeto de ninguna modificación en su formulación positiva, si bien el domicilio conyugal es ahora elegido por acuerdo de ambos cónyuges. En caso de discrepancia, prevalecerá la opinión del titular de la patria potestad, es decir, el padre. La ruptura unilateral de la convivencia puede ser sancionada por la vía penal, mediante el delito de abandono de familia tipificado en el art. 487 del Código Penal, y también por la vía civil, como causa de separación (art. 105.2 CC). La innovación más relevante se produce al concebir la convivencia matrimonial como el cauce adecuado para desarrollar la vida en pareja siempre que aquélla sea pacífica y respetuosa. El deber de convivencia sólo será exigible cuando la misma se adopte con las máximas garantías de respeto a los derechos y a la dignidad del consorte, y se acentúa la individualidad de cada cónyuge excluyéndose toda intromisión, salvo en casos de actuaciones ilícitas o en perjuicio de la familia. El deber de convivencia asume un carácter eminentemente funcional, en la medida en que supone la vía idónea para el ejercicio del resto de los deberes del matrimonio. En lo que se refiere al deber de fidelidad, éste no sufre transformaciones de envergadura. Ciertamente que poco a poco empieza a tomar forma la idea de la incoercibilidad de los deberes conyugales y en particular del deber de fidelidad en su aspecto positivo, pero no tanto en atención a los derechos de la personalidad de los cónyuges como a la intimidad de la pareja, que impide al juez entrar en el examen y prueba de ciertas consideraciones. Se mantienen los delitos de adulterio y amancebamiento, que no serán despenalizados hasta 1978 (Ley de 28 de mayo de 1978). Y se ha de recordar que el adulterio fue causa de indignidad sucesoria; que hasta 1981 no se reconocieron los mismos derechos a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales —la ley

En este orden de ideas se han de distinguir aquellas conductas respecto de las cuales el margen de actuación de la libre voluntad de los cónyuges parece ser amplio, por lo que en principio no parece existir ningún impedimento a que puedan ser objeto de acuerdo –como la forma en que se articula el cumplimiento del deber de fidelidad o del deber de convivencia–, y otros comportamientos en los que, por el contrario, la libertad personal actúa como límite, de modo que se excluye cualquier tipo de injerencia de un cónyuge en las decisiones del otro. Así, elecciones tales como el uso de anticonceptivos o la esterilización voluntaria son opciones individuales que no están disciplinadas, y que escapan del contenido que se quiera dar a los deberes personales que dimanen del matrimonio para entrar a formar parte del libre desarrollo de la personalidad de cada cónyuge. En definitiva, se trata de dar una mayor cabida a la autonomía de la voluntad en el Derecho matrimonial⁵⁰ pero supe-

hablaba de hijos naturales e hijos ilegítimos–, y que la infidelidad ha sido hasta 2005 causa de separación y divorcio.

La última etapa bien podemos situarla en el período constitucional. Como es bien sabido, la entrada en vigor de la Constitución Española provoca un cambio fundamental en la regulación del Derecho de Familia y en el modo de concebir las relaciones familiares. La consagración de los derechos fundamentales implica considerar a la persona como absoluto protagonista. La familia deja de ser considerada como una institución con proyección al exterior, como parte integrante del organigrama estatal, para ser medio de realización de la persona y donde proteger sus intereses. Queda consagrado constitucionalmente el principio de igualdad entre marido y mujer (art. 32 CE), se equiparan jurídicamente los hijos nacidos dentro y fuera del matrimonio y se admiten otras posibilidades de constituir una familia distintas al matrimonio (art. 39 CE). En aplicación de los dictados constitucionales se aprueban las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, que vienen a reformar los aspectos más trascendentales del Derecho de Familia. En lo que se refiere a los deberes personales, éstos se establecen con carácter recíproco y presididos por el principio de igualdad. La regla general es el acuerdo de ambos cónyuges para la gestión de la vida familiar. El artículo 68 del Código Civil, que reproduce el antiguo artículo 56, consagra el deber de vivir juntos, si bien ya se ha puesto de manifiesto como con la reforma de 1975 se habían alterado los presupuestos de este deber de los esposos articulándose entorno al respeto de la personalidad de cada uno de ellos. Con las leyes de 1981 se mantiene esta concepción de la convivencia aunque se introducen algunas modificaciones, entre ellas, destaca una acentuación de su carácter espiritual, en el sentido de que no es necesaria una residencia conjunta de los cónyuges para constatar la existencia de la convivencia matrimonial. Convivencia y cohabitación dejan de ser sinónimos, bastando con que exista la intención por parte de ambos de estar juntos, aunque circunstancialmente vivan separados por razones coyunturales (derogado art. 87 CC). También los deberes de ayuda y socorro y de fidelidad van a permanecer intactos en su formulación normativa tras la reforma de 1981 (arts. 67 y 68 CC), si bien, en lo que respecta a este último, sólo se conserva el aspecto negativo del mismo. Además, desde 1978 han desaparecido de nuestro ordenamiento los delitos de adulterio y amancebamiento; como se ha dicho, los hijos son iguales ante la ley, y se permite la investigación de la paternidad, aunque la violación del deber de fidelidad, como el de ayuda y socorro, seguirá siendo causa de separación y tras la ley de 7 de julio de 1981 también de divorcio.

Vid. VALPUESTA FERNÁNDEZ, quien hace una excelente exposición de la evolución histórica de los deberes de los cónyuges en *Los pactos conyugales de separación de hecho: historia y presente*, Universidad de Sevilla, 1982, pp. 25 ss.

⁵⁰ En este sentido, sostiene CORBAL FERNÁNDEZ, «Como consecuencia de los cambios sociales se devalúan algunos de los principios reconocidos, como el de preservar la paz familiar, se refuerzan otros, como los de la protección del menor y de la no discrimina-

ditada en cualquiera de los casos al marco de actuación que conforman los derechos fundamentales de todos los miembros de la familia ⁵¹.

3. LA INCIDENCIA DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA REGULACIÓN DE LA CRISIS MATRIMONIAL

3.1 Introducción

Sin lugar a dudas, una de las mayores manifestaciones de la voluntad individual en el Derecho de familia se produce al permitir a los cónyuges acceder al divorcio como medio de extinción del vínculo conyugal; pero no toda la regulación de este medio de disolución del matrimonio refleja en igual medida la libertad de actuación de los esposos, pues ésta depende del juego que se da a la decisión de los mismos. Y así, no es lo mismo que sea suficiente la simple declaración de querer el divorcio o que se requiera la concurrencia de alguna causa en la que fundamentar su solicitud, para lo que se han de aportar los medios de prueba pertinentes; tampoco es indiferente que se legitime a uno o ambos cónyuges para reclamarlo. En este sentido, el tratamiento de la disciplina del divorcio ha abocado a diferentes tipos de disolución en los que se puede apreciar su diversa vinculación con la libertad personal, consecuencia de la concepción del matrimonio vigente en cada momento y el compromiso con los derechos fundamentales, señaladamente el de libertad personal. Y así, se habla de divorcio-sanción, de divorcio-remedio, de divorcio por acuerdo de ambos cónyuges o por voluntad unilateral. Todas estas soluciones han estado vigentes en Europa en uno u otro momento histórico, y aún hoy el panorama actual

ción, se consolida el del respeto a la dignidad de la persona (art. 10 CE), y presenta nuevas interesantes perspectivas un principio hasta ahora de escaso rango en el Derecho de Familia, que es el de la autonomía privada» («La doctrina jurisprudencial actual en el Derecho de Familia», *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, Thomson Civitas, Madrid, 2006, p. 210).

⁵¹ Muy interesante la opinión de CALAIS-AULOY, quien aboga por un «matrimonio de efectos limitados», cuya duración fija en veinte años y cuya finalidad sería la educación de los hijos del matrimonio. En este contexto, la infracción del deber de fidelidad carecería de consecuencias jurídicas, salvo los casos en que la infidelidad haga imposible la vida de la pareja o de los hijos, introduzca un tercero en el hogar familiar o implique el abandono de la familia. Del mismo modo, también dejaría de tener trascendencia jurídica el deber de ayuda y socorro entre cónyuges, como consecuencia de la emancipación de la mujer y de su incorporación al mercado laboral, que ya no requiere la asistencia económica del marido («Pour un mariage aux effets limités», *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, núm. 1, 1988, pp. 257 ss.).

de la regulación de esta figura jurídica carece de la necesaria coherencia y uniformidad.

3.2 La libertad personal de los cónyuges y la disciplina del divorcio

3.2.1 *La reforma protestante y el concepto de divorcio-sanción*

Como es bien sabido, en la historia más reciente de Europa la consagración del divorcio como forma de extinguir el vínculo matrimonial se instaura en los países protestantes a partir de la interpretación de la Biblia hecha por los reformistas, que admiten el divorcio por adulterio⁵². Ello supuso en su momento una importante quiebra del principio de indisolubilidad del matrimonio que hasta entonces había mantenido la Iglesia Católica de manera indiscutible al identificar matrimonio con sacramento. Esta nueva norma o regla religiosa es asumida con cierta celeridad por las leyes civiles de los países en los que triunfa la Reforma, añadiéndose posteriormente a esta primera causa de divorcio otros comportamientos tipificados. De este modo, la ideología luterana influye en el Derecho de los países escandinavos⁵³ y de Alemania⁵⁴, así como las

⁵² ANTOKOLSKAIA, «The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy», en MARTÍN-CASALS-RIBOT eds., *The role of self-determination in the modernisation of Family Law in Europe*, cit., pp. 33 ss.

⁵³ En los países escandinavos, el éxito de la Reforma permite el divorcio por adulterio o por abandono del cónyuge (en Dinamarca desde 1536 y en Suecia desde 1572). Se trata de un divorcio claramente basado en argumentos culpabilísticos que va a subsistir hasta entrado el siglo xx. De este modo, en Suecia, las disposiciones sobre el divorcio contenidas en el Código general de 1734 no son derogadas hasta 1915. La Ley danesa de 1682 está en vigor hasta 1922; la Ley noruega de 1687 hasta 1918, y en Finlandia, el Código general sueco es aplicado hasta 1929 (DUMUSC, «Notions de mariage, de divorce et de divorce par consentement mutuel», *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Libraire Droz, Genève, 1980, p. 84).

⁵⁴ En Alemania tras la Reforma se admite el divorcio como sanción a los más graves incumplimientos de los deberes conyugales. Bien es cierto que la desmembración del imperio alemán provoca que el movimiento reformista no se implante con la misma intensidad en todos los Estados, de forma tal que desde el inicio del siglo xvi coexisten ambos sistemas, el reformista y el tradicional católico, cuya máxima es la indisolubilidad del matrimonio. La Escuela de Derecho Natural no tardará en afirmar el carácter contractual del matrimonio y como consecuencia la posibilidad de disolverlo por el acuerdo de los cónyuges, e incluso por la voluntad de uno de ellos cuando se invoque una razón grave que no necesariamente ha de consistir en el comportamiento culpable del otro. Como consecuencia, las legislaciones de los distintos Estados van plasmando distintos modelos de divorcio (como el Código prusiano de 1794). La unificación de Alemania en 1871 implica, entre otras muchas consecuencias, una revisión de la legislación sobre el divorcio. De este modo, una Ley de 1875 sobre el estado civil invita a los *Länder* a admitir el divorcio. Como colofón, el Código Civil alemán de 1900 introduce un Derecho federal de divorcio (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 154-155).

enseñanzas calvinistas influenciarán a los hugonotes franceses, los presbiterianos escoceses y los ingleses puritanos ⁵⁵.

Se implanta un tipo de divorcio basado en el comportamiento culpable de uno de los cónyuges, que poco o nada tiene que ver aun con la manifestación de la libertad individual. Su regulación responde a la idea extendida de que el matrimonio es una institución que se debe preservar incluso por encima de los intereses de los cónyuges, por lo que únicamente cuando se produce una conducta que merece la reprobación del ordenamiento es posible proceder a su disolución. Desde esta perspectiva, el divorcio significa una sanción a un comportamiento ilegítimo y no una respuesta a toda crisis conyugal, y en ningún caso una opción que se le brinde a los esposos sin ningún tipo de control acerca de sus causas. Y es que en el fondo del tema que estudiamos está la cuestión de la injerencia del Estado en el matrimonio y en la familia con la finalidad de asegurar su vigencia en el orden social. Por ello, en esta exposición en la que se pretende resaltar la relación entre libertad personal y divorcio, deberemos abordar también la intervención de los poderes públicos y el sentido de la misma.

En el divorcio-sanción, las causas por las que éste puede ser solicitado se pueden presentar en forma de lista cerrada, en la que se recogen diferentes conductas de los cónyuges donde el carácter culpable no se discute, o bien, expresarse mediante una cláusula general que establece como causa de divorcio todo comportamiento que constituya una violación grave y reiterada de los deberes conyugales. La disolución del vínculo es concebida como una sanción impuesta al cónyuge culpable, y una salida al inocente para que pueda desligarse de una relación que vulnera sus derechos, ya que sólo este último puede solicitar el divorcio y únicamente por las causas establecidas en la ley. De esta manera, el que con su comportamiento ha provocado la crisis conyugal, tiene vedado desvincularse de una relación matrimonial que él mismo ha conculcado; queda pues sujeto a la decisión del esposo o esposa injuriados. Como se ha dicho, el tratamiento del divorcio se corresponde con una visión trascendente del matrimonio, que se impone a los inte-

⁵⁵ Inglaterra fue el único país protestante que mantuvo la doctrina de la indisolubilidad del matrimonio, si bien ya en 1670 era posible obtener el divorcio mediante una ley privada del Parlamento. Una situación que se va a mantener hasta el siglo XIX. En 1858 es posible el divorcio judicial basado en el adulterio (Matrimonial Causes Act de 1857). Y en 1937 se admite, junto al adulterio, el abandono, la crueldad, la enajenación mental, así como la violencia, homosexualidad y crueldad del marido (Matrimonial Causes Act de 1937). Confirmadas estas causas de divorcio en las distintas leyes que se sucedieron en 1950 y 1965, son finalmente derogadas en 1971 (Divorce Reform Act de 1969) (ANTOKOLSKAIA, «The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy», cit., p. 37; DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 186-187.).

reses de los cónyuges, de ahí que se dificulte su obtención con requisitos de carácter sustancial y de forma, a fin de mantenerlos unidos en un tipo de relación consagrada socialmente como única vía a las relaciones de pareja. Del mismo modo, los efectos del divorcio también pueden ser diferentes en función de la inocencia o culpabilidad del cónyuge afectado, si bien más tarde, cuando se incorporen otro tipo de soluciones a la crisis del matrimonio, las consecuencias de la ruptura serán desligadas de todo juicio de culpabilidad.

Quizá lo más característico de este tipo de divorcio sea su permanencia en el tiempo, pues a pesar de que pronto va a coexistir con otras modalidades, nunca será desterrado del todo. Ciertamente es que la aparición del divorcio basado en la irreparable ruptura del matrimonio alterará las bases sobre las que el primero se asienta, al concebir el comportamiento culpable de uno de los cónyuges no para sancionarlo, sino como prueba del fracaso matrimonial, pero aun así, como veremos, el componente culpabilístico va a estar presente de un modo u otro, condicionando la autonomía de los cónyuges a la hora de plantear la ruptura.

3.2.2 *Aproximación al concepto de divorcio-quebra*

No es sino hasta el período de la Ilustración cuando empieza a tomar forma el divorcio basado en la irreparable ruptura del matrimonio, así como el divorcio solicitado por los cónyuges de común acuerdo, que trataremos más adelante. En cuanto al primero, se empiezan a poner las bases de un divorcio concebido como un remedio a la crisis matrimonial cuando ésta no es susceptible de ser resuelta por otras vías, por lo que el divorcio supone la constatación del definitivo fracaso del matrimonio (divorcio-quebra). El matrimonio representa aún una institución a preservar, un modelo de convivencia que se quiere sustraer a la decisión de los cónyuges acerca de su vigencia, pero la rigidez del sistema se flexibiliza cuando entra en colisión con los intereses de aquéllos; supuesto éste que se identifica con la quiebra de la relación conyugal, cuya apreciación corresponde a los jueces que imponen su control sobre las razones que impulsan a los cónyuges a solicitar el divorcio. Tampoco en este caso se puede afirmar que exista libertad para disolver el matrimonio, pues se trata de que el Estado permita el divorcio como último recurso, existiendo todavía una preferencia por el matrimonio que se impone a la libre decisión de los cónyuges.

Para la demostración del fracaso de la pareja, en ocasiones se exige una previa separación de los cónyuges, judicial o de hecho; y otras veces éstos tendrán que demostrar una causa que efectivamente haga insoportable la vida conyugal, en cuyo caso, las diferencias con el divorcio basado en la culpa se difuminan⁵⁶. Porque si bien se puede observar una evolución del sistema que gradualmente va renunciando al concepto de divorcio-sanción para sustituirlo por el divorcio basado en la quiebra definitiva de la vida matrimonial, lo cierto es que el abandono del primero no implica prescindir del comportamiento culpable de uno de los cónyuges, que es ahora aludido como prueba del irremediable y definitivo fracaso de la vida conyugal. Subsiste por tanto el elemento culpa, pero el concepto de divorcio que se consagra a partir del comportamiento culpable del cónyuge infractor difiere notablemente del primitivo divorcio sancionador al que previamente hemos aludido. El divorcio en este caso no es sinónimo de castigo, sino de cauce o vía de solución al supuesto de crisis matrimonial; y del mismo modo, a la hora de establecer los efectos de la ruptura, no se atiende ya al comportamiento culpable del cónyuge que ha motivado la solicitud, sino a parámetros socioeconómicos y de protección de los miembros de la familia potencialmente más perjudicados con la disolución del matrimonio.

3.2.3 *El divorcio por mutuo consentimiento*

Junto al incipiente divorcio basado en la quiebra irreparable del matrimonio, y sin prescindir del divorcio-sanción, se consagra un divorcio cuyo único presupuesto es la voluntad conjunta de ambos cónyuges de extinguir la relación matrimonial. El divorcio por mutuo consentimiento o divorcio a petición de ambos cónyuges supone el reconocimiento de la autonomía de la voluntad para deci-

⁵⁶ En opinión de DUMUSC, si examinamos el mecanismo del divorcio por culpa, comprobamos que de hecho no es la comisión misma de la falta lo que implica el divorcio. Para que éste fuese el caso, sería necesario que la acción de divorcio pudiese ser ejercitada de oficio por la autoridad, cuando sólo el cónyuge afectado puede intervenir. Si la falta no le es conocida, si la consiente, si no responde duramente a la misma o si la perdona, no hay acción de divorcio. Así como el divorcio no puede ser pronunciado sin culpa o falta, ésta por sí misma no es suficiente para que se decrete el divorcio. Lo que es determinante es el efecto que produce sobre el otro cónyuge, o más precisamente, sobre el vínculo conyugal, según la apreciación del otro cónyuge. El divorcio por culpa aparece así como una forma restrictiva de divorcio-quiebra, limitado a los casos en los que el fracaso está o viene provocado por la falta de un cónyuge. Del mismo modo, respecto al divorcio por mutuo consentimiento, el matrimonio no se resuelve porque los cónyuges quieran, sino porque esta voluntad concordante atestigua que su vida conyugal ha fracasado. El divorcio por mutuo consentimiento no aparece ya como un producto de la teoría contractual del matrimonio, sino también como un caso particular de divorcio quiebra (*Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 273-275).

dir sobre la extinción del matrimonio y sus causas, y en cierta medida implica el triunfo de la teoría contractualista del matrimonio. El Estado no efectúa un control sobre los motivos, aunque en ciertos casos se imponen algunas trabas para su rápida obtención. Así, por ejemplo, puede exigirse una mínima duración del matrimonio, o el transcurso de un periodo de tiempo tras la solicitud –a modo de período de reflexión–, una cierta edad en los cónyuges o la ausencia de hijos menores a su cargo.

En este tipo de disolución resplandece con más nitidez la libertad de los cónyuges en el tratamiento de la crisis, pero la exigencia de que actúen conjuntamente limita las posibilidades de cada uno en la medida en que se requiere contar con el concurso del otro. Si además se exige que la connivencia de los esposos se extienda igualmente a los efectos del divorcio, se limita la libertad individual del que no quiere seguir unido maritalmente. Sin embargo, no se puede negar el avance que esta solución supuso en el reconocimiento de la libertad como fundamento del divorcio.

3.2.4 *El divorcio como ejercicio de un derecho individual a no continuar casado*

El último eslabón de esta cadena evolutiva, con las peculiaridades que más tarde indicaremos, lo constituye sin duda la consagración del divorcio como consecuencia del ejercicio de un derecho individual a no continuar casado⁵⁷. El reconocimiento de un derecho a solicitar el divorcio de manera individual y sin necesidad de alegar causa alguna supone el triunfo definitivo de la libertad per-

⁵⁷ Sobre el tema, *vid.* GUIBENTIF, «L'évolution du droit du divorce de 1960 à 1981», en COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, PERRIN, y ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, G.I.R.D. (Internacional), C.E.T.E.L. (Ginebra), I.N.E.D. (Paris), 1983. Tras distinguir entre divorcio-sanción, divorcio-quiebra y divorcio por consentimiento mutuo, el autor añade dos tipos más: el divorcio remedio y el divorcio por la simple manifestación de la voluntad unilateral. El divorcio-remedio se acerca al divorcio quiebra en la constatación de que el matrimonio ha perdido su fundamento, pero se distingue de éste en que el divorcio no procede de una causa subjetiva (la ruptura del lazo afectivo entre esposos), sino de causas objetivas: la enfermedad mental o la desaparición de uno de los cónyuges. El divorcio por manifestación de la voluntad unilateral implica, como su nombre indica, la renuncia a todo poder de examen del juez y a toda facultad de intervención del cónyuge que desea mantener el vínculo matrimonial. Se reduce a una simple formalidad de registro de la voluntad de quien pretende poner fin al matrimonio. En opinión del autor, el valor de la tipología de divorcios reside en que cada tipo de divorcio corresponde a un distinto modelo de matrimonio. Cada tipo de divorcio deriva de un determinado tipo de relación entre la sociedad y los cónyuges, debido a la manera de distribuir el poder de controlar la ruptura. El divorcio-sanción, el divorcio-remedio y el divorcio-quiebra sólo serán otorgados sobre la base de un reconocimiento del juez. La decisión de divorcio por consentimiento mutuo corresponde a ambos esposos. El divorcio por la simple manifestación de la voluntad unilateral consagra la entera libertad del individuo, quien aprecia soberanamente los motivos de mantener o no el vínculo conyugal (pp. 187-188).

sonal en la regulación del divorcio, y expresa una concepción del matrimonio que lejos ya de ser considerado como una institución que se debe preservar, se presenta como un medio de conseguir la realización personal y la estabilidad emocional de cada uno de los cónyuges.

Constatamos como en este caso la libertad se impone a ese control que hemos visto por parte del Estado, el cual se limita a valorar las consecuencias de la extinción del vínculo para proteger a los miembros más débiles de la familia, sin que en ningún caso se puedan poner obstáculos para la obtención del divorcio por motivos de fondo y con independencia de la voluntad contraria del otro cónyuge.

Es importante hacer notar como esta evolución conceptual del divorcio en la que gradualmente se va abriendo paso el reconocimiento de la libertad individual no se corresponde con una evolución histórica o cronológica, y prueba de ello es que esta última tipología de divorcio a la que hacemos referencia se consagra por primera vez en Rusia tras la revolución bolchevique de 1917, aunque tendrán que pasar casi cincuenta años para que se asiente este concepto de divorcio unilateral o a petición de un solo cónyuge en otros países de Europa.

3.3 El largo recorrido del divorcio en Europa

Como se ha avanzado, no se puede establecer una evolución lineal de los distintos tipos de divorcio que existen, de tal modo que se pueda afirmar que a lo largo de estos dos últimos siglos se haya pasado de un divorcio-sanción al reconocimiento de la voluntad individual como única causa de divorcio, una evolución marcada por la constante implantación de la libertad de los cónyuges que haya provocado la sucesión ordenada de las distintas soluciones, pues ello no ha ocurrido así. Al contrario, se puede observar la coexistencia de los distintos tipos de divorcio en un mismo ordenamiento cuando no la vuelta atrás con la reimplantación de regímenes jurídicos muy restrictivos de la libertad de los esposos.

En este sentido, es llamativo el caso de Francia donde, tras el triunfo de la Revolución, se consagra el divorcio por mutuo consentimiento con la Ley de 20 de septiembre de 1792. La nueva normativa reviste una especial importancia pues se trata de una de las más liberales y progresistas en su momento. Basada en dos principios fundamentales: la preeminencia de la libertad individual y la teoría contractual del matrimonio, admite el divorcio no sólo por causas específicas determinadas en la Ley (art. 4, núms. 1 a 7),

sino también, por voluntad de ambos cónyuges (art. 2) y por incompatibilidad de caracteres (art. 3).

Sin embargo, el período de aplicación de esta norma será breve, pues tras poco más de tres años de vigencia empiezan a surgir proyectos que pretenden regular el divorcio de forma más estricta, lo que finalmente se plasma en la Ley de 31 de marzo de 1803, por la que se incorpora el título VI «Del Divorcio» al *Code Civil*. A partir de entonces se mantienen únicamente tres causas determinadas de divorcio frente a las siete anteriores: el adulterio (arts. 229 y 230 CC), los excesos, sevicias o injurias graves (art. 231 CC) y la condena de un cónyuge a una pena infamante (art. 232 CC). Se suprime el divorcio por incompatibilidad de caracteres. Y si bien se conserva el divorcio por mutuo consentimiento (art. 233 CC)⁵⁸, a éste se le dota de una serie de complejidades que prácticamente lo hacen inaccesible en la práctica⁵⁹. Se puede comprobar pues como inicialmente se opta por tres tipos de divorcio, pero acontecimientos posteriores por todos conocidos llevan a que se limiten las posibilidades de los cónyuges reduciéndolas a lo que se conoce como divorcio-sanción, hasta hacer desaparecer definitivamente el divorcio con la Ley de 1816. Se da pues un paso atrás en la implantación del divorcio, hasta el punto de eliminarlo del régimen del matrimonio.

Cuando de nuevo se reintroduce el divorcio en 1884 no se retoma la situación anterior, a pesar de los años transcurridos y los avances en esta materia, sino que se restringe a un único tipo: el divorcio-sanción. Se parte únicamente de hechos culpables, como la condena a uno de los cónyuges a una pena aflictiva e infamante (art. 232) o los excesos, sevicias o injurias graves (art. 233) y, desde luego, el adulterio (arts. 229 y 230 CC). Si bien se puede observar como junto al divorcio-sanción va penetrando de forma paulatina el concepto de divorcio basado en la irreparable quiebra del matrimonio. Se ha de destacar asimismo, como explican los

⁵⁸ Art. 233 Code Civil: «Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, prouvera suffisamment que la vie commune leur est devenue insupportable, et qu'il existe, par rapport à eux, une cause péremptoire de divorce.»

⁵⁹ Como es sabido, el Código Civil francés fue introducido en los Países Bajos en 1810 y con él, el divorcio por mutuo consentimiento. Sin embargo la aplicación de este tipo de divorcio fue breve, pues con el Código Civil de 1838 se rechaza esta modalidad aceptándose únicamente el divorcio basado en el comportamiento culpable de los cónyuges. Junto a este tipo de divorcio puede también apreciarse la existencia de un divorcio por quiebra de la vida conyugal, al que los cónyuges podían acceder, no sin dificultades, tras cinco años de separación judicial. Las disposiciones reguladoras del divorcio no serán reformadas hasta 1971 (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 16 ss. y p. 143.).

autores⁶⁰, que los tribunales realizaron una amplia interpretación del concepto de ofensa, lo que unido a la ausencia de poderes inquisitorios por parte del juez, llevó en la práctica a admitir el divorcio por mutuo consentimiento, en un intento de hacer coincidir las aspiraciones sociales con la realidad normativa.

Pero lo cierto es que tendremos que esperar hasta 1975 para que en Francia vuelva a implantarse oficialmente el divorcio por consentimiento de ambos cónyuges (Ley de 11 de julio de 1975). Es necesario el transcurso de más de noventa años para que se consagre de nuevo en la legislación francesa el modelo de divorcio consensual que sin embargo no provoca la eliminación de las causas culpables⁶¹. Es llamativo observar como los principios de igualdad y de libertad han tenido una muy distinta evolución en la historia, de forma que mientras el primero se ha ido imponiendo de manera progresiva a lo largo de los siglos XIX y XX, en lo que respecta a la libertad personal, y más concretamente en el ámbito del matrimonio, ésta se ha visto sujeta a continuas regresiones como consecuencia del control del Estado de las causas de divorcio, que en el fondo revelan un interés por mantener intacta la institución matrimonial⁶².

Distintos son los casos de Bélgica y Luxemburgo. En ambos países el divorcio por consentimiento mutuo heredero de la Revolución Francesa coexiste con un divorcio basado en la culpa y con el divorcio por la irreparable ruptura de la vida en común. En cuanto a este último, se contemplan como causas de divorcio la separación de hecho durante diez años en Bélgica (art. 232.1) o tres años en Luxemburgo (art. 230); y el estado de demencia o grave situación de desequilibrio mental en Bélgica (art. 232.2) o el estado de

⁶⁰ DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., p. 30; COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, PERRIN, y ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., p. 56.

⁶¹ Además, se añadirá la irreparable quiebra del matrimonio como causa de divorcio. De este modo, en el Código Civil francés van a coexistir varios tipos de divorcio: divorcio basado en el comportamiento culpable de un cónyuge, divorcio-quiebra y divorcio por mutuo consentimiento.

⁶² También en Austria el reconocimiento del divorcio consensual es ciertamente tardío, pues hasta la reforma operada por las leyes de 15 y 30 de junio de 1978 no se consagra el divorcio por mutuo consentimiento en este ordenamiento, y sin que además se produzca el abandono de las causas de divorcio tradicionales (Ley de matrimonio de 1938, que unificaba el Derecho austriaco y el germano, tras la anexión por Alemania de los territorios de Austria): adulterio, conducta indigna o inmorales del cónyuge que cause una desunión profunda e irreparable, problemas mentales del cónyuge que provoquen la misma situación anteriormente citada, enfermedad mental, o enfermedades contagiosas o repugnantes. A partir de la mencionada reforma, los cónyuges, además, pueden solicitar el divorcio sin necesidad de alegar causa alguna, con el único requisito del cese efectivo de la convivencia durante al menos seis meses, y siempre que presenten un acuerdo sobre los efectos del divorcio, a menos, en este último caso, que tales efectos hayan sido objeto de una previa decisión judicial. (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 79-80).

alienación mental en principio incurable en Luxemburgo (art. 231), siempre que sean sucedidos tales hechos de un período de separación de los cónyuges de al menos diez años en el primer país y cinco en el segundo. Como se ha dicho, la implantación del divorcio por mutuo consentimiento y del divorcio-quebra no implica la desaparición del elemento culpa, que sigue existiendo, y que se traduce en la posibilidad que tiene un cónyuge de solicitar el divorcio por causa de adulterio y por sevicias o injurias graves por parte del otro (arts. 229 y 231 del Código Civil belga y art. 229 del Código Civil de Luxemburgo) ⁶³.

El cambio de criterio en la solución de la crisis conyugal se dio también en la Unión Soviética, que arrancó con la normativa más moderna de su época para retroceder posteriormente a posiciones más conservadoras sobre el matrimonio. Un decreto de 1917 y después el Código de Familia de 1918 regulan un divorcio de tipo administrativo para el que no se prevé ningún tipo de investigación en caso de consentimiento mutuo de los cónyuges. Pero el segundo Código de Familia de 1926 va todavía más lejos, al equiparar de hecho el matrimonio con las uniones civiles, de modo que el divorcio así consagrado es la forma de extinguir tanto el uno como los otros, a petición de ambos cónyuges o, lo que es más relevante, por la voluntad unilateral de cualquiera de ellos. En cierto sentido, el Derecho soviético de los años 20 supone la misma ruptura que significó la legislación francesa revolucionaria de 1792. En realidad, y en lo que a Rusia se refiere, más que de una ideología puramente socialista se trata de una legislación acorde a la ola progresista que recorre parte de Europa en aquellos momentos, y que se traduce en una fuerte reacción a la concepción burguesa y patriarcal del matrimonio y de la familia ⁶⁴. Pero la libertad de decidir acerca de la relación conyugal se restringe cuando se pone de manifiesto la incapacidad del Estado para atender a las necesidades de sus ciudadanos, por lo que necesita recurrir a la familia para que asuma esta función. Se requiere entonces reforzar los lazos de unión entre sus miembros y para ello se recurre, entre otras medidas, a restringir los supuestos de disolución del matrimonio, lo que ocurre en el año 1944 bajo el mandato de Stalin. De nuevo comprobamos cómo los intereses generales se imponen a los derechos de los

⁶³ Además, para acceder al divorcio por mutuo consentimiento tanto en Bélgica como en Luxemburgo se exige que los cónyuges tengan al menos veintitrés años (art. 275 CCB de 20 de noviembre de 1969 y art. 275 CCL de 6 de febrero de 1975) y que hayan transcurrido los dos primeros años de matrimonio (art. 276 CCB y art. 175 CCL) (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 57-58).

⁶⁴ ANTOKOLSKAIA, «The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy», cit., p. 44.

miembros de la familia. Todas estas reformas, incluso después de su parcial revocación, tuvieron una destacada influencia en el desarrollo del Derecho matrimonial de los países de Europa del Este, y asimismo sirvió de modelo para el Derecho sueco de la década de los 70.

También en Portugal se producen cambios muy significativos en la regulación del divorcio. Así, con la llegada de la república en 1910 se instituye un divorcio por mutuo consentimiento que coexiste con un divorcio litigioso basado tanto en comportamientos culpables como no culpables de uno de los cónyuges, lo que unido a la posibilidad de convertir la previa separación en divorcio, supone la consagración del divorcio basado en la irrefutable quiebra de la vida del matrimonio⁶⁵. Sin embargo, como ya se ha señalado, tras las radicales reformas del inicio del siglo las políticas europeas reguladoras del divorcio estuvieron caracterizadas por continuos pasos hacia atrás en la adopción de normativas progresistas y reconocedoras de derechos individuales. Y así, en el caso que señalamos, la firma del Concordato entre la Santa Sede y el Estado portugués de 7 de julio de 1940, bajo la dictadura de Salazar, impide a los matrimonios católicos el acceso al divorcio. Posteriormente, el Código Civil de 1966 suprimirá las causas objetivas de divorcio (arts. 1778 y 1792 CC), eliminando el divorcio por consentimiento mutuo (art. 1792 CC), y autorizando a los tribunales a imponer la separación judicial aun cuando los cónyuges hubiesen solicitado el divorcio (art. 1794 CC). En 1975, con la llegada de la democracia, se reestablece finalmente el divorcio para los católicos (Decreto-ley núm. 261/75, de 27 de mayo de 1975), esta vez basado en la irreparable ruptura de la vida matrimonial.

Y otro ejemplo de estos avances seguidos de continuos retrocesos en el reconocimiento de la libertad en las normativas reguladoras del divorcio lo hallamos en el caso español, donde es por todos conocida la breve vigencia de la Ley de 2 de marzo de 1932⁶⁶ que, con una clara influencia del Derecho soviético, junto a la enumera-

⁶⁵ Se contemplan tanto causas subjetivas –adulterio o abandono del domicilio conyugal–, como objetivas, como la ausencia o la locura incurable de un cónyuge o la separación libremente consentida durante diez años consecutivos (art. 4 del decreto de 3 de noviembre de 1910). El divorcio por mutuo consentimiento será admitido si los cónyuges tienen veinticinco años y llevan casados al menos cinco (Código de Procedimiento Civil de 1939). (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., p. 69).

⁶⁶ Con la Constitución de 9 de diciembre de 1931, y por primera vez en nuestra historia, se reconoce el divorcio, estableciéndose en su artículo 43.1 que «La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa».

ción de una serie de causas culpables⁶⁷ permitía a los cónyuges solicitar el divorcio sin necesidad de alegar causa alguna, una vez transcurrido un período de dos años a partir de la celebración del matrimonio⁶⁸. Sin embargo, la Ley de 2 de marzo de 1932 gozó de un breve período de vigencia, pues con el triunfo de la dictadura es derogada por Ley de 23 de septiembre de 1939, si bien ya el Decreto de 2 de marzo de 1938 había ordenado la suspensión de los procedimientos de separación y divorcio en curso así como de las actuaciones necesarias para el divorcio consensual, confirmando el reestablecimiento de la normativa codificada.

Como hemos visto, quizá la característica más importante de la evolución del concepto de divorcio en los países señalados es que no se trata de un proceso lineal, puesto que las diversas soluciones no se han presentado de forma sucesiva en el tiempo; y en muchos casos han evolucionado hacia tipos más avanzados –desde la perspectiva del reconocimiento de la libertad individual–, sin abandonar del todo otros modelos más conservadores. Tampoco obedece a criterios territoriales, pues los distintos ordenamientos han acogido una u otra clase de divorcio en una absoluta heterogeneidad, lo que pone de manifiesto como las normativas regula-

⁶⁷ La Ley de 2 de marzo de 1932 enumeraba en su artículo 3 trece causas de divorcio: «1. El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue. 2. La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges. 3. La tentativa del marido para prostituir a su mujer y el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas, y la connivencia en su corrupción o prostitución. 4. El desamparo de la familia, sin justificación. 5. El abandono culpable del cónyuge durante un año. 6. La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al artículo 186 del Código Civil. 7. El atentado de un cónyuge contra la vida de otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos, los malos tratamientos de obra y las injurias graves. 8. La violación de alguno de los deberes que impone el matrimonio y la conducta inmoral o deshonorosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida en común. 9. La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes, que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo. 10. La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo. 11. La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años. 12. La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años. 13. La enajenación mental de uno de los cónyuges, cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquélla pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa, si no queda asegurada la asistencia del enfermo.»

⁶⁸ Art. 4: «Tienen capacidad para pedir el divorcio por mutuo disenso los cónyuges que sean mayores de edad. No se podrá ejercitar este derecho si no han transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio». *Vid.* DE LA ESCALERA Y GAYÉ, *Ley del divorcio de 2 de marzo de 1932*, notas, comentarios y jurisprudencia, 1.^a ed., Góngora, Madrid, 1932.

doras del divorcio varían de un país a otro en función de los intereses políticos.

No obstante lo dicho, en algunos países sí se puede apreciar una línea progresiva que ha ido marcando la sucesión de los distintos tipos de divorcio. Es el caso de los países escandinavos, donde se produce un importante cambio conceptual en la institución. En concreto, en Suecia, la llegada al poder de los liberales en 1905 marca el inicio de una política reformadora en materia matrimonial⁶⁹. Una corriente también seguida en Dinamarca y Noruega, lo que lleva a constituir en 1910 una serie de comisiones jurídicas para elaborar una nueva legislación sobre matrimonio y divorcio, si no idéntica al menos muy similar en los tres países. El rasgo común lo constituye la configuración de la irreparable quiebra del matrimonio como causa de divorcio⁷⁰, que sustituye al tradicional divorcio-sanción y que va a coexistir con el divorcio por mutuo consentimiento, obtenido por conversión de una previa separación judicial a petición de uno o ambos cónyuges.

Como bien puede observarse, la regulación del divorcio en Suecia se presenta como una de las más progresistas de todo el siglo xx, aunque también es cierto que la realidad político-social del país difiere notablemente de la situación dominante en el resto de los países europeos: Ya la ley de 11 de junio de 1920 proclamaba la igualdad formal entre hombres y mujeres; pero es en los años 70 cuando se consolida el cambio. Provocado por circunstancias conocidas por todos, destaca el hecho de que la mitad de la población femenina ejerce una profesión, lo que les confiere un alto nivel de independencia económica. A

⁶⁹ Los liberales eran partidarios de un Derecho de divorcio más justo, realista y constructivo y consideraban que el mantenimiento por la fuerza del vínculo matrimonial cuando éste ha fracasado no producía beneficios ni a los cónyuges ni a la sociedad. Para dar efectividad a tales planteamientos era del todo necesaria la desvinculación de la religión y asimismo una nueva concepción del matrimonio en el que los cónyuges sean iguales jurídica, social y económicamente (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., p.85). Vid. GAUNT-NYSTROM, en BURGUIERE y otros ed., *A history of the family*, vol. II, *The impact of Modernity*, Polity Press, Cambridge, 1996, p. 480.

⁷⁰ El sistema escandinavo contempla diferentes causas de divorcio comunes a los cinco estados (Suecia, Dinamarca, Noruega, Finlandia e Islandia): el adulterio, el abandono, atentado contra la vida, la condena a una pena de privación de libertad de una cierta duración, la celebración de un segundo matrimonio mientras exista el primero, la exposición del cónyuge a una enfermedad venérea, la vida separada de los cónyuges durante un tiempo que es variable según los países y la naturaleza de la separación, la ausencia de un cónyuge y la enfermedad mental, en determinadas condiciones (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., p.87). Como bien puede constatar, se trata de situaciones que ponen de manifiesto el fracaso de la vida matrimonial al margen, en algunos de los casos, de la actitud o comportamiento culpable del cónyuge que las provoca.

ello hay que añadir las prestaciones sociales que ofrece el Estado en caso de accidentes, enfermedad, invalidez, desempleo, etc., que implican que la familia no desempeñe esta función al menos de manera obligada. Y también se ha de sumar el alto número de parejas que constituye una familia a partir de una unión de hecho y al margen del matrimonio, cuya ruptura está exenta de cualquier impedimento. Todos estos elementos van a influir en la nueva concepción de matrimonio como una unión libre de personas independientes ⁷¹, que pretenden mantener la convivencia mientras ésta les aporte una vía de realización y felicidad personal. Desde esta perspectiva, se entiende que no se pueden imponer trabas legales a la disolución del vínculo en caso de crisis sino más bien al contrario, se debe facilitar la extinción del matrimonio cuando uno o ambos cónyuges decidan ponerle fin. El resultado es la ley de 4 de julio de 1973, en vigor desde el 1 de enero de 1974, que consagra un derecho al divorcio ejercitable por cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegar ninguna causa. Asistimos pues a una regulación del divorcio que prescinde no sólo del elemento culpa sino de cualquier otro requisito que implique una intromisión en la vida privada del matrimonio. La norma permite el divorcio a petición de un solo cónyuge con el único presupuesto del transcurso de un período de reflexión de seis meses. Período que se suprime cuando los cónyuges han vivido separados durante al menos dos años. En el supuesto de que ambos cónyuges soliciten el divorcio de mutuo consentimiento, no es requerido ningún otro requisito ⁷².

También es posible percibir una cierta evolución, si bien muy ralentizada, en el caso de Alemania, donde el Código Civil consagraba un divorcio basado en la culpa, cuyas únicas causas se traducían en graves infracciones cometidas por un cónyuge frente al otro, a salvo el supuesto de enfermedad mental (§ 1565 a 1569 BGB). En las distintas leyes sobre matrimonio que se van sucediendo a lo largo del siglo xx se sigue manteniendo este tipo de divorcio, al cual se le añade el divorcio basado en la irreparable ruptura del matrimonio al permitir la disolución

⁷¹ Como afirmó el Ministro de Justicia de aquel país, H. Kling, el matrimonio es «la asociación voluntaria de dos personas independientes» (MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille, le Droit*, L.G.D.J., París, 1999, p. 49).

⁷² Sólo en el supuesto de que existan hijos menores a cargo de uno o ambos cónyuges, se prescribe un período de reflexión de seis meses, a excepción de que estuviesen ya separados (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 251-252). El divorcio a petición de un cónyuge es también aprobado en Finlandia en 1987, exigiéndose asimismo un período de reflexión (ANTOKOLSKAIA, «The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy», cit., p. 52).

cuando el cese de la convivencia haya durado al menos tres años y la profunda e irremediable desunión de los cónyuges haga inviable el reestablecimiento de la vida en común (art. 55 de la Ley de 6 de julio de 1938), lo que se mantiene en las sucesivas leyes de 1946 y 1961. Se ha de destacar, no obstante, que en este último supuesto el cónyuge podía oponerse a la demanda, una oposición que se va intensificando en la práctica judicial, hasta hacer prácticamente impracticable esta vía de obtención del divorcio. Así las cosas, habrá que esperar a la reforma de 1976 para que la irreparable quiebra del matrimonio se asiente como la única causa de divorcio en el Código Civil, absolutamente desligada de todo comportamiento culpable (art. 1565 BGB). En caso de que los cónyuges estén de acuerdo en divorciarse, basta con que no hayan convivido durante un año para que la quiebra se presuma (1566.1 BGB). Si la separación de hecho ha durado al menos tres años, por sí misma constituye una irrefutable prueba del fracaso de la unión matrimonial (art. 1566.2 BGB). Como bien puede observarse, el modelo germánico resultante de la reforma supone el reconocimiento de un modelo mixto de divorcio que podría calificarse tanto de divorcio-quiebra, con los indicados períodos de separación entre cónyuges confirmatorios de tal circunstancia, como de divorcio consensual, en cuyo caso la voluntad de uno o ambos cónyuges queda supeditada al necesario transcurso de un determinado período de tiempo ⁷³.

Lo cierto es que no será hasta el último tercio del siglo xx cuando el divorcio basado en la irreparable ruptura de la vida matrimonial quede definitivamente consagrado en Europa y se abandone por tanto el antiguo concepto de divorcio sancionatorio. Un proceso que es consecuencia de las transformaciones sociales y de la evolución del pensamiento dominante hacia cotas más altas de libertad. Asistimos a una importante mutación en la concepción de la familia y del matrimonio, que sin duda va a influir en el modelo de divorcio adoptado por los distintos ordenamientos jurídicos. Ya a partir de los años 60 el tradicional modelo familiar empieza a quebrarse por la concurrencia de una serie de factores, entre ellos la liberación sexual de la mujer, la fuerza creciente del feminismo y la reaparición del individualismo como modelo de conducta, lo que unido a la aplicación de la libertad en las distintas Constituciones europeas, va a provocar la revisión y sustitución de los conceptos

⁷³ Sobre el tema, MÜLLER-FREIENFELS, «The Marriage Law reform of 1976 in the Federal Republic of Germany», *International and Comparative Law Quarterly*, 1979, pp. 184 ss.

tradicionales aplicables al matrimonio. Una realidad que, como decimos, se refleja en la regulación del divorcio, produciéndose el abandono definitivo del modelo de divorcio-sanción y la consagración del tipo de divorcio basado en la irreparable quiebra de la vida conyugal. Como afirma Antokolskaia ⁷⁴, el problema con el divorcio basado exclusivamente en la culpa se manifestaba fundamentalmente en los supuestos de divorcio litigioso. En primer lugar, el humillante procedimiento acusatorio acrecentaba la aversión entre los cónyuges y provocaba que su vida íntima fuera objeto de público escrutinio. En segundo lugar, al cónyuge «culpable» se le impedía, al menos en teoría, obtener el divorcio si su cónyuge se oponía. Tales inconvenientes van haciéndose cada vez menos tolerables a medida que se implantan los conceptos de libertad individual y de felicidad personal en el ambiente socio-político de los años 60 y 70. El poder disolver un matrimonio desgraciado se concibe así como el lógico ejercicio de un derecho correspondiente a todo ciudadano, que no puede ser impedido en aras de un cada vez menos comprensible orden público familiar.

El modelo inglés supone un claro ejemplo de lo expuesto. Asumido como causa de divorcio el fracaso del matrimonio, la cuestión que se plantea es la del papel que debe jugar el Estado: de modo que el juez se limite a constatar la efectiva quiebra a partir de la declaración de los cónyuges en este sentido, o sea necesario un elemento de prueba para confirmar el definitivo fracaso de la convivencia matrimonial. La ley de reforma del divorcio de 1969 consagra un compromiso entre ambas posturas: se prescinde de un procedimiento inquisitorial pero se exige la acreditación de una serie de circunstancias que confirmen la irreparable quiebra ⁷⁵. De este modo, la única causa de divorcio es la ruptura irremediable de la unión conyugal, situación que se presume cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: adulterio del demandado que haga la vida insoportable al demandante; conducta del cónyuge demandado que no permita razonablemente exigir al demandante el mantenimiento de la vida en común; abandono durante un periodo de al menos dos años; vida separada de los cónyuges durante un período similar, siempre que ambos esposos consientan el divorcio –lo que en realidad implica el

⁷⁴ «The search for a common core of divorce law: state intervention v. spouses' autonomy», cit., p. 48.

⁷⁵ A la Divorce Reform Act, 1969, se le ha de añadir la Matrimonial Proceedings and Property Act, 1970. En 1973 la Matrimonial Causes Act no hace sino reagrupar las disposiciones contenidas en las dos leyes anteriores (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., p. 189).

reconocimiento en este ordenamiento de un divorcio consensual—; y vida separada de los cónyuges durante un período de al menos cinco años ⁷⁶.

Del mismo modo, en los Países Bajos, la Ley de 6 de mayo de 1971 implica la consagración definitiva del divorcio basado en la quiebra del matrimonio, a la vez que se acoge el concepto de divorcio por voluntad de los cónyuges. Con la nueva normativa se suprimen todas las causas de divorcio anteriores basadas en el comportamiento culpable de uno de los cónyuges, que son sustituidas por una causa genérica e indeterminada: la quiebra duradera del matrimonio (art. 151 CC). Junto a ella, se regula la posibilidad de que los cónyuges soliciten el divorcio de mutuo acuerdo (arts. 150 y 154 CC). En ambos casos, para la solicitud será necesario que haya transcurrido un año desde la celebración del matrimonio ⁷⁷.

Por último, es también relevante el caso de aquellos ordenamientos que establecen el divorcio por primera vez, como Italia (Ley de 1 de diciembre de 1970) ⁷⁸, o bien, tras un largo período de tiempo sin él, como España (Ley de 7 de julio de 1981) ⁷⁹ o, como

⁷⁶ CRETNEY, «L'évolution du Droit anglais en matière de mariage et de divorce», *Mariage et famille en question (L'évolution contemporaine du Droit anglais)*, CNRS, Lyon, 1979, pp. 19 y ss.

⁷⁷ NERSON-SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *Mariage et famille en question, (L'évolution contemporaine en Suisse, en Autriche, en Belgique, aux Pays-Bas et dans la région Scandinave)*, CNRS, Lyon, 1979, pp. 135 ss.

⁷⁸ En Italia, el Código Civil de 1942, en línea con su predecesor de 1865 confirma la indisolubilidad del matrimonio civil, y mantiene la aplicación del Concordato celebrado en 1929 con la Iglesia Católica, en función del cual los matrimonios católicos serán regulados por las disposiciones del Derecho canónico (DUMUSC, *Le divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, cit., pp. 110 y 154).

⁷⁹ Con la reforma del Código Civil de 1981, además de reintroducir el divorcio en nuestro ordenamiento jurídico tras cuarenta y dos años de ausencia, se produce una mutación conceptual de enorme trascendencia que radica, como se ha indicado, en sustituir un divorcio basado en causas subjetivas o culpables por otro sustentado en causas objetivas que ponen de manifiesto la quiebra definitiva de la convivencia. Conforme a la Ley de 7 de julio de 1981, el eje del sistema lo constituye la idea de «quiebra del matrimonio» que, como apunta MONTÉS PENADÉS, se manifiesta, a modo de presunciones *iuris tantum*, en el cese de la convivencia conyugal durante determinados períodos de tiempo, que son computados a partir de un proceso previo de separación; en la separación de hecho; a partir de ciertas circunstancias de carácter personal; o en determinados actos que ponen de manifiesto la intención de no proseguir o la extrema dificultad de la convivencia (*Derecho de Familia*, cit., p. 133). Pero lo cierto es que el sistema divorcista instaurado en 1981 lejos de ser accesible, impone a los cónyuges largos períodos de espera, cuando no se opta por imputar a uno de ellos conductas que, al margen de que constituyan comportamientos más que reprochables desde el punto de vista moral o ético y en ocasiones legal, supone un quebrantamiento del derecho de intimidad del matrimonio y en particular del cónyuge demandado (antiguos arts. 82 y 86 CC), a lo que se ha de sumar en muchos casos la dificultad de la prueba del comportamiento alegado. Quizá por este motivo, los tribunales han venido reconociendo como causa de separación y divorcio la pérdida de la *affectio maritalis*, considerando por tal el necesario afecto que han de profesarse los cónyuges unido a su deseo de mantener la convivencia. Una cuestión que en los casos de separación y divorcio por mutuo consen-

se ha dicho, Portugal para los matrimonios católicos (Decreto-ley núm. 261/75, de 27 de mayo de 1975, por el que se deroga el art. 1790 CC). La característica común a todos ellos es la implantación del divorcio basado en la irreparable quiebra del matrimonio, concepto al que se accede a partir de determinadas causas tanto subjetivas o culpables como objetivas. También admiten el divorcio solicitado por los cónyuges de mutuo consentimiento, pero supeditado al transcurso de largos periodos de previa separación. En definitiva, consagran un divorcio de no fácil obtención, donde la libertad personal de los cónyuges queda sometida a importantes limitaciones, pero muy lejos ya del primitivo concepto de divorcio-sanción que ha quedado definitivamente superado.

3.4 La problemática del divorcio en las legislaciones europeas contemporáneas

Tras este recorrido en la evolución del concepto de divorcio, podemos constatar como también en la actualidad coexisten en Europa distintos sistemas reguladores del mismo. En efecto, si nos detenemos en las legislaciones europeas contemporáneas, comprobamos que se ha mantenido la heterogeneidad característica de los momentos iniciales en los que el divorcio se fue implantando en los distintos países europeos y que ha continuado durante el transcurso del siglo xx. En los ordenamientos jurídicos de la Europa actual se aborda la problemática del divorcio de manera muy diferente ⁸⁰, y así, mientras en países como Suecia o Finlandia los cónyuges pueden divorciarse sin necesidad de alegar ninguna causa, en otros como Holanda o Inglaterra se han de probar deter-

timiento no ha planteado problemas y que, sin embargo, tratándose de procedimientos contenciosos, ha sido admitida de manera heterogénea por las distintas Audiencias Provinciales. Sobre este tema, *vid.* ARCOS VIEIRA, quien realiza un detallado estudio sobre la aplicación de este criterio por la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales (*La desaparición de la affectio maritalis como causa de separación y divorcio*, Aranzadi, 2000). Sobre las causas de divorcio en la Ley de 1981, *vid.* ALONSO PÉREZ, en *Matrimonio y divorcio, comentarios al Título IV, del Libro Primero del Código Civil*, coord. por LACRUZ, Civitas, Madrid, 1994, pp. 881 ss.; MONTÉS PENADÉS, en *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 336 ss. Y en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Tecnos, Madrid, pp. 499 ss.; LACRUZ BERDEJO y otros, *El nuevo régimen de la familia*, t. I, *Matrimonio y divorcio*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 219 ss.; PUIG FERRIOL, en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, cit., pp. 450 ss.

⁸⁰ MEULDERS-KLEIN distingue entre aquellos países con un sistema plural o mixto, entendiendo por tal aquél que reconoce distintos tipos de divorcio a partir de una pluralidad de causas, y los ordenamientos denominados unicistas, donde la sola causa de divorcio es la quiebra de la vida matrimonial (*La personne, la famille, le Droit*, cit., pp. 58 y ss.).

minados hechos que confirmen la definitiva ruptura de la convivencia matrimonial ⁸¹.

Partiendo de esta diversidad, podemos distinguir, en primer lugar, aquellos ordenamientos que aún contemplan la conducta culpable de un cónyuge como causa de divorcio. Se mantiene el elemento culpa, que aunque ya no se identifica con el superado concepto de divorcio-sanción, conlleva un cierto matiz sancionatorio del comportamiento de los esposos. Todos estos países tienen como característica común la implantación de un sistema plural o mixto, donde coexisten distintos tipos de divorcio atendiendo a causas tanto objetivas, como subjetivas, y así, junto al divorcio por culpa, podemos encontrar el divorcio basado en la quiebra de la vida en común o el divorcio por mutuo consentimiento.

Es el caso de Francia ⁸² donde, como ha quedado dicho, después de la Ley de 1975 se implanta un sistema en el que textualmente se reconocen tres tipos de divorcio (por consentimiento mutuo, por aceptación del principio de ruptura del matrimonio y por el comportamiento culposo de uno de los cónyuges), pero conceptualmente se consagran dos tipologías muy concretas: el divorcio a petición de ambos cónyuges y el divorcio basado en la irreparable quiebra del matrimonio, constatable esta última a partir de hechos subjetivos (comportamiento culpable del otro cónyuge) u objetivos (transcurso del tiempo).

⁸¹ Sobre el Derecho europeo contemporáneo, *vid.* BOELE-WOELKI, K. y otros, *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*, Intersentia, Oxford, 2004; HAMILTON-PERRY, *Family Law in Europe*, Butterworths, 2002.

⁸² Tras la reforma producida por la Ley núm. 2004-439, de 26 de mayo de 2004, el Código Civil francés contempla en sus artículos 229 y siguientes tres distintos tipos de divorcio: 1. Divorcio por mutuo consentimiento. 2. Divorcio por quiebra de la vida en común. 3. Divorcio por culpa (art. 229 CC). El divorcio puede ser solicitado conjuntamente por ambos cónyuges cuando estén de acuerdo sobre la ruptura del matrimonio y sus efectos, quienes han de presentar al juez un convenio regulador de las consecuencias del divorcio (art. 230 CC). Asimismo, el divorcio puede ser demandado por uno de los cónyuges o por ambos cuando los dos acepten el principio de la ruptura del matrimonio sin consideración a los hechos que lo han motivado (art. 233 CC). También el divorcio puede ser pedido por uno de los esposos cuando el vínculo conyugal esté definitivamente roto (art. 237 CC). La ruptura definitiva del vínculo conyugal deriva del cese de la comunidad de vida entre esposos cuando hayan vivido separados durante los dos años anteriores a la demanda de divorcio (art. 238 CC). Por último, se contempla también un divorcio por culpa que puede ser solicitado por uno de los cónyuges cuando el otro haya violado de manera grave o reiterada los deberes y obligaciones del matrimonio de modo que resulte intolerable la vida en común (art. 242 CC). Sobre el tema, CARBONNIER, *Droit Civil*, t. 2, *La famille, l'enfant, le couple*, 21 ed., Thémis Paris, 2002; RUBELLIN-DEVICHI, AA.VV., *Droit de la famille*, Paris, 2001, pp. 187 y ss.; TERRÉ-FENOUILLET, *Droit Civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 6.ª ed., Dalloz, 1996, pp. 394 ss.

Un supuesto muy parecido lo constituye la regulación del divorcio en Bélgica y en Luxemburgo. En Bélgica ⁸³, tras la Ley de 28 de octubre de 1974, modificada por la Ley de 16 de abril de 2000, existen legalmente tres vías para acceder al divorcio: por incumplimiento de los deberes conyugales, después de una separación de hecho de más de dos años y por acuerdo de ambos cónyuges. Así también en Luxemburgo ⁸⁴ tras la reforma de 5 de diciembre de 1978, donde se contempla el divorcio por comportamiento culposo, por separación de hecho de más de tres o de cinco años y por consentimiento mutuo. Como se ve, en ambos casos se concede un cierto margen de libertad a los cónyuges para poder solicitar el divorcio, si bien los dos tienen que estar de acuerdo y han de haber transcurrido al menos dos años desde la celebración del matrimonio. Junto a este tipo de divorcio, a semejanza del modelo francés, se consagra el divorcio basado en la irreparable quiebra de la vida conyugal, que sólo será apreciada por los tribunales cuando se acredite la concurrencia de ciertos

⁸³ El Código Civil belga establece que el cónyuge puede solicitar el divorcio por adulterio del otro (art. 229 CC), o por excesos, malos tratos o injurias graves cometidos por uno de los esposos frente al otro (art. 231 CC). Asimismo, en el artículo 232 CC se establece que ambos cónyuges pueden pedir el divorcio por causa de separación de hecho de más de dos años, siempre que la admisión del divorcio sobre la base de la desunión de los esposos no agrave de manera notable la situación material de los hijos menores de edad. Asimismo puede ser también solicitado cuando la separación aludida sea debida al estado de demencia o de desequilibrio mental grave de uno de los cónyuges, siempre que, como en el caso anterior, la concesión del divorcio no agrave de manera notable la situación material de los hijos menores de edad biológicos o adoptados. Se ha de destacar que el fallo de la *Cour d'arbitrage* de 12 de mayo de 2004 ha declarado que «L'article 232 du Code Civil viole les articles 10 et 11 de la Constitution en tant qu'il subordonne l'admission d'un divorce pour cause de séparation de fait de plus de deux ans à la condition que "l'admission du divorce sur cette base n'aggrave pas de manière notable la situation matérielle des enfants mineurs, issus du mariage des époux ou adoptés par eux"». En tercer lugar, los cónyuges pueden también solicitar el divorcio por mutuo consentimiento, una vez probado de manera suficiente que la vida en común les resulta insostenible (art. 233 CC). En este último caso, se exige un plazo de dos años desde la celebración del matrimonio (art. 276 CC) y se denegará el divorcio si uno de los esposos es menor de veinte años (art. 275 CC).

⁸⁴ El Código Civil de Luxemburgo contempla unas causas de divorcio similares a su homólogo belga, con algunas diferencias en cuanto a plazos o requisitos legales. Así, el art. 229 dispone que se podrá solicitar el divorcio por excesos, malos tratos o injurias graves de un cónyuge hacia el otro, cuando estos hechos constituyan una violación grave o reiterada de los deberes y obligaciones matrimoniales y hagan intolerable el mantenimiento de la vida conyugal. Asimismo, el cónyuge podrá pedir el divorcio alegando una separación de hecho continuada de al menos tres años de duración cuando la desunión de los esposos sea irremediable (art. 230 CC) o de más de cinco años cuando se alegue el estado de enajenación mental incurable del otro cónyuge (art. 231 CC). Tanto en el primero de los supuestos como en el segundo, el juez podrá rechazar la demanda cuando conste que el divorcio ha de provocar al demandado o a los hijos menores consecuencias materiales o morales de una excepcional dureza (art. 232 CC). En el caso de divorcio por mutuo consentimiento, ninguno de los cónyuges debe ser menor de veintitrés años y al igual que en el Derecho belga, se exige una duración del matrimonio de al menos dos años (art. 275 CC).

hechos objetivos o la violación grave de los deberes conyugales por el cónyuge demandado.

Es igualmente el caso de Italia ⁸⁵, Dinamarca ⁸⁶ y Noruega ⁸⁷, donde las causas culpables de divorcio ocupan un lugar cada

⁸⁵ En Italia, la Ley de 1 de diciembre de 1970 es modificada por la Ley 6 de marzo de 1987. Se establece como causa principal de divorcio la quiebra de la comunidad espiritual y material entre cónyuges que puede ser confirmada por el juez a partir de la existencia de alguna de las causas que constan en el artículo 3 de la ley: 1. Condena de privación de libertad por determinados delitos graves establecidos en la ley. 2. Tres años de separación legal o de hecho. 3. Cuando el matrimonio no haya sido consumado. 4. Cuando el cónyuge extranjero haya anulado el matrimonio o haya celebrado un nuevo matrimonio en el extranjero. 5. Transexualidad del otro cónyuge. La verificación por el juez de la concurrencia de alguna de las causas mencionadas es necesaria incluso en los supuestos de solicitud conjunta del divorcio, de hecho el consenso de los cónyuges no es suficiente para obtener el divorcio, por lo que no se puede hablar de la existencia en este ordenamiento de un divorcio estrictamente consensual. *Vid. RESCIGNO, «L'esperienza italiana: evoluzione recente», Révision du droit du divorce: Expériences étrangères récentes, Colloque de Lausanne de 12 de octubre de 1987, Zürich, 1988, pp. 53 ss. Más reciente, FORTINO, M., Diritto di Famiglia, cit., pp. 289 ss.*

⁸⁶ En materia de divorcio existe una nueva ley en Dinamarca, el texto refundido (LBK) nr 38 de 15 de enero de 2007 sobre celebración y disolución del matrimonio. Esta ley refunde leyes anteriores en materia matrimonial (núm. 147 de 9 marzo de 1999 con las modificaciones introducidas por el § 3 de la ley núm. 461 de 7 de junio de 2001, § 2 de la ley núm. 365 de 6 junio de 2002, § 4 de la ley núm. 387 de 28 de mayo de 2003, § 1 de la ley núm. 446 de 9 de junio de 2004, § 2 de la ley núm. 324 de 18 de mayo de 2005, § 2 de la ley núm. 525 de 24 de junio de 2005, § 29 de la ley núm. 542 de 24 de junio de 2005, § 2 de la ley núm. 301 de 19 de abril de 2006, § 14 de la ley núm. 434 de 8 de mayo de 2006, § 3 de la ley núm. 483 de 7 de junio de 2006 y el § 13 de la ley núm. 484 de 7 de junio de 2006). En líneas generales esta nueva ley no contiene modificaciones significativas en materia de divorcio respecto a leyes anteriores, como la ley núm. 256 de 14 junio de 1969.

Las causas de divorcio se encuentran enumeradas en el capítulo 4 de la ley, en los artículos 31-36. Dichas causas son: 1. El transcurso de un año desde la separación legal (art. 31.1). 2. El transcurso de seis meses desde la separación legal si el divorcio es de mutuo acuerdo (art. 31.2). 3. El cese de la convivencia conyugal durante los últimos dos años (art. 32). 4. La infidelidad conyugal no consentida (art. 33.1). Si la infidelidad se produjo cuando los cónyuges ya estaban separados, no podrá alegarse como causa de divorcio (art. 33.2). La petición de divorcio habrá de solicitarse antes del transcurso de seis meses desde que el cónyuge que desee alegar esta circunstancia como causa de divorcio tuvo conocimiento de la infidelidad y en cualquier caso, antes de dos años desde que la infidelidad se produjo (art. 33.3). 5. El empleo de violencia para con el otro cónyuge o los hijos (art. 34). La petición de divorcio habrá de solicitarse antes del transcurso de un año desde que el cónyuge que desee alegar esta circunstancia como causa de divorcio tuvo conocimiento del acto violento y en cualquier caso, antes de transcurridos tres años desde que se produjo (art. 34.2). 6. Bigamia (art. 35). 7. Secuestro internacional de menores: Se podrá solicitar el divorcio cuando el otro cónyuge haya sustraído de manera ilícita a un hijo del solicitante fuera de Dinamarca o tenga retenido a éste ilícitamente en el extranjero (art. 36.1). La petición habrá de realizarse mientras que el menor está retenido en el extranjero o en su caso, antes de que transcurra un año desde la devolución del menor (art. 36.2).

⁸⁷ La normativa sobre el divorcio en Noruega se encuentra en la Marriage Act de 4 de julio de 1991, núm. 47, entrada en vigor el 1 de enero de 1993. El divorcio puede ser solicitado: 1. Pasado un año tras la obtención de la sentencia de separación (secc. 21, cap. 4). 2. Tras dos años de separación de hecho (secc. 22, cap. 4). 3. En caso de intento de homicidio de un cónyuge o de los hijos o en grave maltrato (secc. 23, cap. 4). 4. Cuando el matrimonio haya sido contraído incumpliendo los impedimentos de parentesco y de vínculo (secc. 24, cap. 4).

vez más reducido; así como Austria ⁸⁸ y Portugal ⁸⁹ donde, por el contrario, la adhesión al sistema culpabilista aparece más acentuada.

En segundo lugar, nos encontramos con aquellos países donde se consagra la quiebra irrefutable de la vida conyugal como causa única de divorcio. En éstos se concibe el matrimonio como una comunidad de sentimientos y de vida, y se constata la inutilidad de querer mantener oficialmente un matrimonio extinto en el plano personal o afectivo en detrimento de una potencial nueva unión y, en todo caso, de la libertad individual. Se concibe por tanto como una única causa de divorcio el fracaso del matrimonio, sin atender al motivo que lo ha originado o a una posible oposición del otro cónyuge.

Es el caso de Holanda ⁹⁰, donde la única causa de divorcio es el deterioro definitivo de la relación matrimonial,

⁸⁸ En Austria, la Ley de Matrimonio de 1978, reformada en 1999 (Eherechtsänderungsgesetz), distingue entre: divorcio por mutuo consentimiento, divorcio por comportamiento culposo de uno de los cónyuges, y divorcio por otras razones. En cuanto al primero, divorcio por mutuo consentimiento, han de cumplirse cuatro requisitos: la solicitud conjunta de divorcio, la irremediable ruptura del matrimonio, una separación previa de cómo mínimo seis meses y un acuerdo sobre los efectos del divorcio (custodia y mantenimiento de los hijos, derecho de visitas, reparto de los bienes comunes, mantenimiento entre cónyuges). El divorcio por culpa está basado en la grave conducta de uno de los cónyuges como adulterio, violencia, graves daños morales y demás incumplimientos de los deberes entre cónyuges. La demanda de divorcio ha de presentarse en un plazo de seis meses desde el conocimiento de la conducta y en todo caso en un periodo de diez años. También se admite el divorcio por otras razones: la irremediable ruptura del matrimonio tras una separación de al menos tres años o debida a los trastornos mentales del cónyuge; la demencia o locura o la enfermedad contagiosa del otro cónyuge. En estos últimos tres supuestos, si el divorcio le causase un serio perjuicio al demandado sólo será concedido tras seis años de separación.

⁸⁹ El Código Civil portugués distingue entre un divorcio consensual y un divorcio litigioso. Los cónyuges pueden solicitar el divorcio por mutuo consentimiento sin alegar causa alguna presentando un acuerdo para regular las consecuencias del divorcio (ejercicio de la patria potestad sobre los hijos, atribución de la vivienda conyugal, prestación de alimentos) (art. 1775 CC). El juez tratará de que se produzca una reconciliación entre ellos tras un periodo de reflexión, y si ésta no es posible y los esposos continúan deseando el divorcio, éste será decretado. Además, cualquiera de los cónyuges puede solicitar el divorcio alegando alguna de las siguientes causas: 1. Violación culposa de los deberes conyugales (art. 1779 CC). 2. Ruptura de la vida en común. Se constatará esta causa a partir de los hechos siguientes: separación de hecho durante al menos tres años; separación de hecho de un año si el divorcio es solicitado por un cónyuge sin la oposición del otro; alteración de las facultades mentales del otro cónyuge durante tres años, cuando por su gravedad compromete las posibilidades de vida en común; ausencia del cónyuge durante un período superior a los dos años (art. 1781 CC redactado por la Ley núm. 47/98, de 10 de agosto).

⁹⁰ Desde la entrada en vigor de la Ley de 6 de mayo de 1971, el 1 de octubre del mismo año, la única causa de divorcio es, como ha quedado dicho, la ruptura definitiva del matrimonio (art. 151 Código Civil holandés). Ésta se presume ante una demanda conjunta de ambos cónyuges (art. 154 CC.). En caso de petición unilateral, el cónyuge sólo ha de alegar que efectivamente el matrimonio está definitivamente roto, lo que habrá de ser probado ante la oposición del otro cónyuge.

Suiza ⁹¹ (antes y después de la reforma de 26 de junio de 1998) o Alemania ⁹².

También podríamos incluir en este grupo, si bien con ciertas reservas por las peculiares características de su sistema divorcista, a países como Grecia ⁹³ o Inglaterra ⁹⁴, pues aunque la

⁹¹ Las normas relativas al divorcio contenidas en el Código Civil suizo (arts. 111 ss.) han sido reformadas por la Ley de 26 de junio de 1988. Se han derogado las causas de divorcio basadas en la culpa y se han establecido como causas de divorcio: 1. La solicitud conjunta de ambos cónyuges, que deberá ser ratificada tras un período de reflexión de dos meses (art. 111 CC). 2. Solicitud por uno de los cónyuges tras dos años de vida separada (art. 114 CC, modificado por la Ley de 19 de diciembre de 2003) y 3. solicitud del divorcio antes del transcurso de estos dos años si, debido a condiciones no atribuibles al demandante, no es admisible que el cónyuge solicitante deba continuar casado (art. 115 CC, modificado por la mencionada Ley de 2003).

⁹² Como ya se ha indicado, en 1977 se elimina en Alemania la culpa como causa de divorcio y es reemplazada por la causa general de ruptura del matrimonio. La ruptura es asumida cuando una vez finalizada la convivencia matrimonial, no hay expectativas de reconciliación (§ 1565.1 BGB). Se presume en caso de que los cónyuges hayan vivido separados durante al menos un año y ambos soliciten el divorcio o el cónyuge demandado lo consienta, pero si han vivido separados durante tres años no se exige el consentimiento de ambos (§ 1566 BGB). Como excepción, se permite obtener el divorcio tras un año de separación, a petición de uno de los cónyuges, cuando no resulte razonable obligar al demandante a permanecer en el matrimonio y las causas alegadas estén conectadas con el comportamiento personal del demandado (§ 1565.2 BGB). Se ha de destacar que se puede denegar el divorcio cuando la subsistencia del matrimonio resulte excepcionalmente necesaria por razones de especial interés para los hijos menores de edad o cuando el divorcio pueda suponer una excesiva carga económica al cónyuge opositor (§ 1568 BGB). Vid. MÜLLER-FREIENFELS, «The marriage law reform in the Federal Republic of Germany», *International and Comparative Law Quarterly*, 1979, 28 (2), pp. 184 ss.; APARICIO HACKETT, «El divorcio en Alemania», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 8, julio de 2000, pp. 290 ss.

⁹³ En Grecia, las normas de divorcio fueron revisadas a partir de la reforma del Derecho de familia de 1983 (Ley núm. 1329 de 15/18 d febrero de 1983). Se establece un divorcio por mutuo consentimiento y un divorcio no consensual o litigioso. En contraste con la ya superada concepción del divorcio como una sanción al comportamiento del cónyuge culpable, actualmente es considerado como un remedio disponible para ambos cónyuges cuando el matrimonio está irremediable y definitivamente roto. Si los cónyuges están de acuerdo en divorciarse deben presentar una demanda conjunta en cuyo caso se requiere que hayan estado casados durante al menos un año antes de presentar la demanda. Tras una comparecencia inicial, los cónyuges deberán volver al tribunal transcurridos seis meses para confirmar su petición. Este periodo de seis meses es considerado como un periodo de reflexión (art. 1441 CC). En el divorcio no consensual la causa de la irremediable ruptura del matrimonio puede ser probada alegando el comportamiento del demandado o de ambos esposos. Los hechos no necesariamente han de basarse en la culpa, si bien, en todo caso, existen cuatro supuestos imputables al demandado culpable que actúan como presunción de ruptura irremediable: bigamia, adulterio, abandono y atentado contra la vida del cónyuge (art. 1439, 2.º CC). También se presume la ruptura del matrimonio tras cuatro años de separación (art. 1439, 3.º CC). Por último, en caso de declaración legal de ausencia, el cónyuge tiene derecho a solicitar el divorcio (art. 1440 CC). Vid. DELIYANNIS, J., «Les grandes lignes de la réforme du droit de la famille hellénique», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1986, vol. 38, núm. 3.

⁹⁴ En Inglaterra y Gales la legislación del divorcio se encuentra en la Ley del divorcio (Matrimonial Causes Act) de 1979. También se ha de tener en cuenta la Family Law Act de 1996, que se ha de completar con la Divorce (Religious Marriages) Act de 2000. La única causa de divorcio es la irremediable ruptura del matrimonio, pero el tribunal sólo considerará su concurrencia cuando los cónyuges prueben alguno de los siguientes hechos: 1. Adulterio; el demandado ha cometido adulterio y el demandante

única causa de divorcio en estos ordenamientos es la irremediable o definitiva ruptura del matrimonio, el tribunal sólo considerará la concurrencia de tal circunstancia cuando los cónyuges prueben alguno de los siguientes hechos: ciertas conductas reprochables del otro cónyuge o periodos de separación más o menos largos.

Como bien puede observarse, los sistemas que contemplan como causa de divorcio la definitiva ruptura de la vida conyugal arrastran el problema de la prueba del fracaso del matrimonio, que es sin duda más compleja que la mera acreditación de la actuación o comportamiento culpable de un cónyuge en el viejo sistema de divorcio sancionatorio. Los países europeos que admiten el divorcio-quebra exigen, al menos teóricamente, elementos de prueba tanto objetivos como subjetivos, que son más o menos estrictos según sean ambos cónyuges quienes deseen el divorcio o sólo uno de ellos con la oposición del otro.

En lo que se refiere al divorcio por mutuo consentimiento, prácticamente todos los países europeos admiten que los cónyuges de común acuerdo soliciten el divorcio, supeditado, en la mayoría de los casos, a unos plazos que pueden variar según los distintos ordenamientos: dos meses a modo de periodo de reflexión en Suiza o tres en Francia y Portugal; seis meses en Austria y Dinamarca; un año en Alemania, Grecia y Noruega; dos años en Inglaterra y Gales, Bélgica y Luxemburgo; tres años en Italia y hasta cuatro años en Irlanda⁹⁵. Cuando uno de los esposos se niega, en aquellos países en los que se permite solicitar unilateralmente el divorcio alegando una previa separación de hecho, los periodos temporales son aún más extensos: dos años en Francia, Suecia y Suiza; tres años en Alemania y Portugal; cuatro años en Grecia; tres o cinco años en Luxemburgo; tres o seis años en Austria; cinco años en Inglaterra y Gales.

Por último, estarían aquellos países en los que es suficiente la simple voluntad de uno o de ambos esposos para obtener el divorcio sin necesidad de acreditar ninguna otra causa, sumado a un periodo de reflexión que puede ser suprimido en función de las circunstancias. Este sistema de divorcio sin causa es

considera intolerable la convivencia. 2. Conducta irracional e inaceptable del demandado. 3. Abandono de dos años por parte del demandado. 4. Separación de hecho dos años y consentimiento de ambos para el divorcio. 5. Cinco años de separación de hecho. Además, se ha de destacar que la demanda de divorcio no se podrá interponer hasta transcurrido un año a partir de la celebración del matrimonio. Sobre la reforma originaria, vid. HOGGETT, B., «The British experience», *Révision du droit du divorce...*, cit., pp. 19 ss. Más reciente, APARICIO HACKETT, «El divorcio en Gran Bretaña», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 2, enero de 1999, pp. 245 ss.; STANDLEY, *Family Law*, 3.^a ed., Palgrave, 2001, pp. 130 ss.

⁹⁵ Irish Family Law (Divorce) Act 1996.

propio de Suecia ⁹⁶ y Finlandia ⁹⁷, y desde 2005 también de España.

De todo lo expuesto se deduce que, si bien la regulación del divorcio en Europa carece de la deseable homogeneidad –lo que se pone de manifiesto en las distintas causas de divorcio, los diferentes plazos exigidos para la interposición de la demanda o la mayor o menor relevancia que se concede a la autonomía de la voluntad de los cónyuges–, existen dos hechos concretos que se han ido imponiendo de manera generalizada. En primer lugar, la introducción de manera progresiva de una única causa de disolución del matrimonio que tiende a ocupar por sí sola la heterogeneidad de supuestos en los que tradicionalmente se fundamentaba la demanda; nos referimos al irremediable fracaso del matrimonio, lo que en última instancia significa otorgar un amplio margen a la libertad para divorciarse, ya sea de común acuerdo, ya de forma unilateral, y que sustituye a los sistemas anteriores en los que el matrimonio no podía ser disuelto salvo en casos excepcionales, generalmente culpables, por la demanda del cónyuge inocente. Y en segundo lugar, se constata una presencia cada vez mayor del divorcio sin causa, como máximo exponente de la autonomía personal, que parte de una concepción del matrimonio muy distinta de la tradicional, en la que los cónyuges no admiten más regulación de su vida afectiva que sus propios sentimientos y su propia voluntad. Una tendencia que no sólo se ha manifestado ya en algunos países como Suecia o Finlandia, sino que se presenta como el siguiente paso a seguir en el sistema evolutivo del divorcio en muchos de los ordenamientos estudiados.

⁹⁶ En Suecia, las normas reguladoras del divorcio se hallan en el Marriage Code de 1987, si bien cómo ha quedado dicho, las causas de divorcio fueron formuladas en 1973. De este modo, ya se ha indicado como el matrimonio es considerado como la unión voluntaria de dos personas independientes, por lo que la legislación permite que quien no desee estar casado pueda poner fin a dicha relación. No existen causas de divorcio, si bien en algunos supuestos es exigido un período de reflexión: Cuando alguno de los cónyuges tiene la custodia de un hijo menor de dieciséis años (sección 1, capítulo 5) o uno de los cónyuges se opone al divorcio (sección 2, cap. 5). No se exige por el contrario ningún período de reflexión cuando ambos acuerdan solicitar el divorcio o han vivido separados al menos durante dos años (sección 4, cap. 5). Se ha eliminado la regulación de la nulidad, por lo que el orden judicial puede de oficio demandar el divorcio en los supuestos de impedimento de vínculo o de parentesco (sección 5, cap. 5).

⁹⁷ En el Derecho finlandés no es exigida ninguna causa de divorcio (Marriage Act de 13 de junio de 1929, núm. 234, reformada y modernizada por la Act 1226/2001), si bien es usual un período de reflexión de seis meses [sección 25 (1) y secc. 26, capítulo 6]. En ciertos supuestos, no se requiere tal período, el caso más común se produce cuando los cónyuges han vivido separados durante un período de dos años ininterrumpidos [secc. 25 (2), cap. 6]. También en matrimonios contraídos bajo impedimento de vínculo o parentesco (secc. 27, cap. 6).

4. LA LIBERTAD COMO FUNDAMENTO DEL CAMBIO CONCEPTUAL DEL DIVORCIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

4.1 Presentación de la Ley

Tras todo lo dicho, no cabe duda de que la reforma de las normas reguladoras del divorcio que ha tenido lugar en nuestro país con la aprobación de la Ley de 8 de julio de 2005 implica una profunda mutación conceptual de la institución que la aproxima a las legislaciones europeas más progresistas en esta materia.

En efecto, con la entrada en vigor de la Ley 15/2005, de 8 de julio, *por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio* (BOE núm. 163, de 9 de julio de 2005)⁹⁸, entre otros efectos, desaparece en nuestro ordenamiento jurídico la necesidad de alegar una causa para la obtención del divorcio, de modo que la mera voluntad de los cónyuges, ya sea de ambos, ya de sólo uno de ellos, es suficiente para la extinción del vínculo conyugal, sin que tan siquiera se exija un previo período de separación.

⁹⁸ Sobre los distintos aspectos de esta Ley han escrito en fechas muy próximas a su entrada en vigor, entre otros, GUILARTE GUTIÉRREZ, *Comentarios a la reforma de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio*, AA.VV., Lex Nova, 2005; LASARTE, «Merecido adiós al sistema causalista en las crisis matrimoniales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, pp. 10 ss.; LINACERO DE LA FUENTE, «Leyes de Familia y Constitución: Ley 13/2005, de 1 de julio y Ley 15/2005, de 8 de julio», *RDP*, núm. 3-4, 2006, pp. 33 ss.; LÓPEZ AGUILAR, «Los criterios constitucionales y políticos inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, pp. 1 ss.; LÓPEZ TENA, «Reformas civiles: el matrimonio entre personas del mismo sexo. Separación y divorcio», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 655, pp. 8 ss.; MARTÍN CONTRERAS, «Aspectos procesales de la reforma del Código Civil que se avecina», *Actualidad Jurídica Civil*, A. XV, núm. 655, pp. 12 ss.; PASTOR VITA, «Algunas consideraciones sobre la Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», cit., pp. 25 ss.; PÉREZ UREÑA, «La pensión compensatoria a la luz de la Ley 15/2005 de modificación del código Civil», *RDF*, núm. 28, julio-septiembre 2005, pp. 65 ss.; PRATS ALBENTOSA, «Bases de la nueva regulación del Derecho matrimonial español», *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, cit., pp. 13 ss.; REBOLLEDO VARELA, «La compensación económica del art. 97 CC en la Ley 15/2005, de 8 de julio», *Aranzadi Civil*, núm. 20, 2006, pp. 15 ss.; ROGEL VIDE, «En torno a la custodia compartida de los hijos de padres separados. Del Anteproyecto al Proyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio», *RGLJ*, 3.^a época, núm. 1, enero-marzo 2005, pp. 73 ss.; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, «La supresión de las causas de separación y de divorcio: incidencia en otros ámbitos (A propósito de la reforma del CC por Ley 15/2005, de 8 de julio)», *Aranzadi Civil*, núm. 9, 2005; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, «Consecuencias económicas de la crisis matrimonial tras la Ley 15/2005 (de modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)», *RJN*, núm. 57, enero-marzo 2006, pp. 233 ss.; SERRANO ALONSO, *El nuevo matrimonio civil...*, cit., pp. 1 ss.; VEGA SALA, «La reforma de la separación y el divorcio (Comentari a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio)», cit., pp. 41 ss.; VERDA Y BEAMONTE coord., *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, Thomson Aranzadi, 2005.

Como afirma Pastor Vita ⁹⁹, con la mencionada reforma el legislador opta por una concepción de matrimonio de naturaleza negociada o contractual, presidida por el principio de autonomía de la voluntad de los cónyuges como última expresión de los principios más generales de libertad y de libre desarrollo de la personalidad ¹⁰⁰ consagrados en la Constitución. De este modo, la supresión de las causas de divorcio no obedece a una desnaturalización del instituto sino a una concepción distinta del mismo, más acorde con los dictados constitucionales y a semejanza de la evolución que se ha producido en otros países europeos, como los ya mencionados de Suecia o Finlandia.

Si acudimos a la Exposición de Motivos de la ley, el legislador justifica la necesidad de la modificación legal con las siguientes palabras: «La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio. El reconocimiento por la Constitución de esta institución jurídica posee una innegable trascendencia, en tanto que contribuye al orden político y a la paz social, y es cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir viviendo con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación».

Como consecuencia, el artículo primero de la Ley 15/2005 en su apartado segundo establece:

«El artículo 81 queda redactado de la siguiente forma: “Artículo 81. Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la celebración del matrimonio:

1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta

⁹⁹ PASTOR VITA, «Algunas consideraciones sobre la Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», cit., pp. 32 ss.

¹⁰⁰ Sobre el principio del libre desarrollo de la personalidad en relación con la reforma operada por las leyes de 1 y 8 de julio de 2005, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, «El libre desarrollo de la personalidad como principio inspirador de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio», *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, cit., pp. 29 ss.

de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.”»

En el apartado tercero del artículo citado se deja sin contenido el artículo 82 CC, mientras que en el quinto, y a lo que interesa a nuestro estudio, se da una nueva redacción al artículo 86 del Código Civil:

«Artículo 86. Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81».

De este modo, la Ley 15/2005 admite no sólo el divorcio por mutuo consentimiento, sino también el divorcio por voluntad de uno sólo de los cónyuges, con el único requisito del transcurso de un período de tres meses desde la celebración del matrimonio, con las excepciones señaladas en el segundo párrafo del artículo 81 CC.

No se puede negar que el cambio en la regulación del divorcio desde el punto de vista conceptual es de una gran trascendencia, puesto que supone partir de una concepción de matrimonio muy alejada ya de la que sirvió de base al legislador de 1981. Pero, como indica Carrión Olmos¹⁰¹, al contrario de lo acontecido entonces, la nota característica del debate político originado por la nueva ley es el amplio consenso entorno a lo sustancial de la reforma, reflejo más que probable del sentir de la sociedad española en cuanto al significado del matrimonio y el papel que juega la autonomía de la voluntad de los cónyuges en orden a su disolución.

Ya durante el debate en la Comisión de Justicia del Congreso fue patente la opinión favorable de todos los grupos de la Cámara a la idea inspiradora del Proyecto de ley presentado por el Gobierno:

¹⁰¹ CARRIÓN OLMOS, «Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005*, cit., p. 166.

La diputada Uría Etxebarría, en representación del Grupo Vasco, alegó ante la Comisión: «Creemos que en estos casi veinticinco años de vigor de la norma se ha hecho evidente que existe un cambio importantísimo en la manera de concebir las relaciones de pareja. La idea de igualdad que dice presidir la regulación del año 1981 ha dado paso también a la idea de libertad como valor dentro de estas relaciones, y nos parece que estos dos valores están plasmados de una manera mucho más acorde con los tiempos que corren en el proyecto que hoy nos presenta el Gobierno (...)».

La diputada Pigem i Palmés, por el Grupo Catalán Convergència i Unió también sostuvo: «Mi grupo parlamentario coincide con el proyecto en la necesidad de superar la actual legislación que impone la necesidad de acreditar causas de separación, lo que puede dar lugar *in extremis* a que puedan dictarse sentencias derogatorias de la separación o del divorcio en aquellos casos en que las causas invocadas no puedan ser acreditadas. Eso hay que decir que, por la prudencia de la judicatura, se producen en muy pocas ocasiones, pero, por pocas que se produzcan, a nadie se le escapa la incomodidad y el dolor de estas situaciones, porque mal se puede imponer una convivencia de la naturaleza de la conyugal cuando una o las dos partes no la quieren (...)».

Por el Grupo Popular, la diputada Matador de Matos defendió: «Creemos que la tramitación del proyecto de ley, su presentación y lo que aparece recogido dentro del mismo se ha hecho todo de forma muy rápida, sin hablar detenidamente con el resto de grupos parlamentarios una regulación tan importante como es la modificación de la Ley del Divorcio. De todas formas, nosotros creemos que es un proyecto bien intencionado por tanto que trata de acomodar la legislación a la realidad social que está en continua transformación. Suprimir trámites como la separación previa al divorcio es algo en lo que nosotros estamos de acuerdo (...). Estamos de acuerdo en que se supriman determinados trámites para llegar al divorcio, pero no en la forma en que se ha hecho (...). Nosotros, como digo, valoramos positivamente el texto en general, sin embargo, creemos que se debería haber hecho de otra manera (...)».

La diputada Couto Rivas, del Grupo Socialista aclaró: «En cuanto a las causas, queremos decir que el espíritu de este proyecto es mantener la libertad de las partes. Son las partes, o bien de mutuo acuerdo, o unilateralmente, las que tienen que manifestar su voluntad de si quieren mantener una convivencia que les puede resultar dolorosa, o si quieren poner fin a una convivencia, y nos basta la manifestación de esa voluntad (...)».¹⁰²

¹⁰² *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia*, núm. 242, 6 de abril de 2005.

Claro es que la adhesión de los distintos Grupos parlamentarios a la reforma planteada por el Gobierno no estuvo exenta de matizaciones e interpretaciones diversas. En este sentido, se ha de señalar que durante la tramitación parlamentaria de la ley, el Grupo Parlamentario Catalán y el Grupo Parlamentario Popular se opusieron a la supresión absoluta de las causas de separación y divorcio. El primero presentó una enmienda en la que se proponía la introducción de dos causas genéricas para la separación contenciosa: la vulneración de los deberes conyugales y/o de los deberes respecto de los hijos comunes o de los hijos de cualquiera de los cónyuges que habiten en el hogar familiar. Y la voluntad unilateral de finalizar la convivencia por quiebra del necesario afecto marital para continuar en la misma ¹⁰³.

En el debate del proyecto de ley en el Pleno del Congreso de los Diputados, la diputada Pigem i Palmés, en nombre del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) alegó en defensa de su particular enmienda: «Creemos que en sede contenciosa sería más respetuoso con nuestro marco jurídico y especialmente con el artículo 32.2 de la Constitución mantener la necesidad de explicitar cuál es la causa por la que se solicita la separación, una causa que además ilustrará al juzgador acerca de la realidad de cada familia concreta, una ilustración que parece necesaria ya que es sobre esa realidad sobre la que el juzgador deberá adoptar los efectos de la separación. A estos efectos, desde mi grupo parlamentario proponemos dos tipos genéricos de causas: la vulneración de los deberes entre los cónyuges o con respecto a los hijos comunes o de cualquiera de ellos y la voluntad de cesar en la convivencia; todo ello en el bien entendido que ni en esta enmienda ni en la legislación vigente no se trata de culpas sino de causas y que no hay ningún automatismo entre las causas de separación y la determinación de los efectos de la misma. Una enmienda que no pretende nada más pero tampoco nada menos que la armonización del imperativo constitucional de la existencia de causas con el reconocimiento de la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado a su cónyuge.» ¹⁰⁴.

El Grupo Parlamentario Popular propuso como causas de separación y divorcio no consensual: cualquier situación que implique ruptura de la convivencia familiar de forma que su continuación sea perjudicial para cualquiera de los cónyuges o sus hijos. Y cualquier violación grave y reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges

¹⁰³ Enmienda núm. 61. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8.

¹⁰⁴ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 84, 21 de abril de 2005.

que convivan en el hogar familiar ¹⁰⁵. Además, en caso de que existan hijos menores, el cónyuge solicitante deberá acompañar a la demanda una serie de documentos acreditativos de haber acudido a la mediación familiar, salvo casos de violencia física o psicológica sobre el demandante o los hijos que convivan con ambos ¹⁰⁶.

Durante la tramitación parlamentaria del proyecto de ley, en el debate en la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, la diputada Matador de Matos del Grupo Parlamentario Popular defendió su postura con las siguientes argumentaciones: «Nosotros somos partidarios de mantener un esquema causal, si bien hemos actualizado y reducido a dos causas la separación y el divorcio, como son cualquier situación que implique ruptura de la convivencia familiar de forma que su continuación sea perjudicial para cualquiera de los cónyuges o sus hijos, o cualquier violación grave y reiterada de los deberes respecto de los hijos de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar. El proyecto, como hemos dicho, suprime las causas de divorcio. Esto es excepcional en nuestro Derecho comparado. Solamente hay dos países (Suecia y Finlandia) donde existe el divorcio sin causa, sin embargo, se requiere un plazo mayor para la presentación de la demanda, el plazo de seis meses. (...) Considerando además que hay que mantener este sistema causal porque el juez para adoptar correctamente determinadas decisiones, especialmente las que están relacionadas con el interés de los hijos, como son las visitas, la guarda o la patria potestad, debe tener unas causas; si no las tenemos, las va a poner el juez directamente en el procedimiento. Y en relación con nuestro sistema contractual, consideramos que no se concibe la ruptura de un negocio jurídico esencialmente sinalagmático como es éste sin alegación de causa alguna» ¹⁰⁷.

Pero lo cierto es que tanto éstas como el resto de enmiendas presentadas por los diversos grupos parlamentarios estaban referidas a cuestiones técnicas o a aspectos muy concretos de la reforma (mantenimiento de alguna causa general de divorcio, custodia compartida, plazos previos para la solicitud, fondo de garantía de alimentos, mediación familiar), y no al aspecto básico o esencial de la misma, cual es una idea de matrimonio muy distinta a la vigente en

¹⁰⁵ Enmiendas núm. 76, 77 y 78. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8.

¹⁰⁶ En similar sentido, *vid.* Enmienda núm. 55 del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, 15 de marzo de 2005, núm. 16-8.

¹⁰⁷ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Comisión de Justicia*, núm. 242, 6 de abril de 2005.

los albores de la democracia ¹⁰⁸. No se duda ya del trascendental papel que ha de jugar la autonomía de la voluntad de los cónyuges en la ordenación de la convivencia y se proclama la libertad individual como el pilar que ha de sustentar toda solución que se plantee a la situación de crisis conyugal.

En este sentido, son muy significativas las palabras pronunciadas por el entonces Ministro de Justicia López Aguilar durante el debate del Proyecto de ley en el Pleno del Congreso de los Diputados:

«El Gobierno presentó en su día ante esta Cámara un proyecto de ley de modificación de este régimen jurídico, cuyo objetivo es agilizar, simplificar y, por tanto, potenciar la libertad e igualdad con que son ejercitadas las libertades concernientes a las formas de convivencia y afectividad que adquieren estatuto jurídico bajo la forma específica del matrimonio (...) consideramos que la solución que finalmente se adopta en el dictamen de la comisión de Justicia del Congreso de los Diputados parte del entendimiento conjunto y compartido de lo que son el interés público y los intereses individuales que se integran en este ámbito de forma extremadamente respetuosa con la libertad, con la igualdad y, desde luego, con la consagración de la autonomía de la voluntad de las partes, es decir, de los ciudadanos a quienes afectan los procesos de disolución del matrimonio (...) Subrayo que el efecto principal de esta iniciativa legislativa, porque se corresponde con su objeto troncal, no es otro que simplificar, agilizar y reforzar así el ámbito de libertad y autonomía de la voluntad con que se entra o se sale de la relación jurídica matrimonial. Lo propugnamos estableciendo una disolución del matrimonio sin causas y, por tanto, sin culpables. No hará falta ni buscar culpables ni abrir paso a la doble victimización que ha caracterizado históricamente, desde su entrada en vigor en 1981, la disolución matrimonial en su experiencia judicial y, consiguientemente, en su reflejo jurisprudencial. Se va a dar la máxima relevancia a la voluntad de las personas, de modo que ya no hará falta señalar al culpable ni mostrar jurídicamente las causas» ¹⁰⁹.

Como bien puede observarse, autonomía y libertad de los cónyuges constituyen los principios básicos de esta nueva regulación del divorcio, principios que ningún grupo parlamentario cuestiona al margen de los distintos posicionamientos sobre temas concretos.

En la intervención del Grupo Parlamentario Mixto a cargo del diputado Rodríguez Sánchez, se puso de manifiesto como «El Bloque Nacionalista Galego quiere comenzar por expresar su satisfacción por el hecho de que se haya avanzado de forma tan positiva en la defensa de que la convivencia dentro del matrimonio es una

¹⁰⁸ CARRIÓN OLMOS, «Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», cit., p. 168.

¹⁰⁹ Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 84, 21 de abril de 2005.

cuestión que debe estar sometida exclusivamente al criterio de voluntad y de libertad y que no tiene sentido forzar situaciones obligando a los cónyuges a mostrar una posición de ruptura causada y, por tanto, a la concepción del divorcio como una sanción. En la medida en que esta ley instaura definitivamente el principio de voluntad y el principio de libertad para la convivencia, nos parece que es una ley que merece todo nuestro apoyo y nuestro respeto entusiasta».

El señor Mardones Sevilla, del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria manifestó: «Esta Ley 30/1981 que reguló el matrimonio en el Código Civil vigente español ha quedado obsoleta. Son otras las dinámicas, las exigencias; han pasado ya una serie de años que han permitido a la sociedad española evolucionar en su pensamiento y en lo que entonces motivaba a veces tensiones sociales mezclando la ideología religiosa con principios de planteamiento civil y lo que era también el entorno, el Derecho comparado, que lo había permitido hacer así. Por tanto, había que acelerar una serie de trámites, no hacer esas dilaciones tremendas entre la situación de separado y la de divorciado, para que eso tuviera una naturalidad. Todos esos aspectos nos parecen muy positivos y se recogen en el nuevo texto del proyecto de ley adaptándolo a la sociología, a las circunstancias sociales, porque las leyes –yo siempre he mantenido el principio parlamentario, político y jurídico– deben reflejar y solucionar los problemas de la realidad. De ahí que vayamos a dar nuestro voto a estos efectos fundamentales.»

La Diputada Navarro Casillas, por el Grupo de Izquierda Unida, defendió: «También es fundamental tener claro qué es el matrimonio civil. Es un marco más, pero no el único, que puede ser elegido voluntariamente por los ciudadanos para compartir y crecer afectivamente; es una relación presidida en todo momento por la voluntariedad. Cuando falta la voluntad cae el matrimonio. Por tanto ningún sentido tiene retrasar ese momento legislativamente (...).»

Por el Grupo Parlamentario Vasco, la Diputada Uría Etxebarria: «La idea de igualdad que dice presidir la regulación de 1981 debía dar paso necesariamente a la idea de libertad como valor dentro de las relaciones de pareja. Creemos por eso muy adecuado el principio de autocomposición que está en el espíritu y en la propia letra de esta norma, reservando la intervención judicial para aquellos casos en los que no es posible el mero acuerdo de la pareja respecto de su ruptura.»

Y el Diputado Villarubia Mediavilla, del Grupo Parlamentario Socialista: «Estamos hoy en un día yo diría que importante para muchos hombres y mujeres de este país, en un día que vamos a aprobar inicialmente algunas leyes importantes que desarrollan la

libertad individual como valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico (...) A nadie se le exigió decir por qué se quería casar y a nadie se le tiene que exigir dar explicaciones de por qué no quiere seguir en esa unión matrimonial»¹¹⁰.

No obstante, en el debate del Proyecto de ley en el Senado persistieron las voces discordantes. Tanto el Grupo Parlamentario de Convergència i Unió como el Grupo Parlamentario Popular mantuvieron sus enmiendas orientadas a mantener un sistema causal de separación y divorcio, que sin embargo fueron rechazadas¹¹¹. Una vez devuelto el proyecto al Congreso de los Diputados, quedará definitivamente patente el principio inspirador de la reforma de otorgar mayor protagonismo a la voluntad de los cónyuges, y de superar el concepto causal y en parte culpabilista de divorcio característico de la legislación de 1981:

En palabras del Sr. Mardones Sevilla, en nombre de Coalición Canaria: «En nuestra opinión, se trata de un avance sobre la denominada Ley Fernández Ordóñez, de 1981, que se aprobó durante el Gobierno de la transición de UCD. Se trata de una adecuación después de haber visto año tras año en las memorias del Consejo General del Poder Judicial los informes de los juzgados de familia sobre las causas de divorcio y separación en España. Como digo, esta ley viene a adecuarse al movimiento de la propia conciencia social, que mira hacia esta cuestión con una gran naturalidad. Por tanto, tengo que decir que nos congratulamos del acortamiento de los plazos de separación, que quedan prácticamente reducidos a tres meses desde la ruptura del matrimonio civil, así como con la entrada de un procedimiento de divorcio con plena dignidad sin necesidad de tener que hacer acusaciones a cada uno de los cónyuges que desean la ruptura del vínculo civil matrimonial».

Por parte del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde –Izquierda Unida– Iniciativa per Catalunya, la Diputada García Suárez alegó: «El proyecto inicial tenía como objetivo –y así estaba expuesto en la redacción– adaptar a la sociedad actual un texto inspirado después de la elaboración de la Constitución de 1978, que fue la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil. Con ser un avance en aquellos momentos la mencionada ley, sobre todo si tenemos en cuenta la etapa oscura de la que salíamos, en el fondo no dejaba de ser una ley que configuraba un modelo –digámoslo– de separación-sanción, sobre todo un modelo en el que se obligaba a justificarse y a demostrar razones que movían al deseo de la separación, por tanto a buscar de manera consciente un

¹¹⁰ *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 84, 21 de abril de 2005.

¹¹¹ *Diario de Sesiones del Senado*, sesión plenaria de 22 de junio de 2005.

culpable de aquella decisión. Contradictoriamente, cuando una pareja decide casarse, el solo hecho de querer hacerlo presupone que las dos personas desean vivir juntas, desean compartir la vida. Por consiguiente, en estos momentos no se puede mantener una ley que obligue a dar unas razones, a buscar un responsable o un culpable.»

Y también la Diputada Uría Etxebarría, por el Grupo Parlamentario Vasco: «Efectivamente, la Ley 30/1981, que modificaba el Código Civil para permitir, en aquellos tiempos, la posibilidad de la nulidad, separación o divorcio fue un hito en la historia, pero ciertamente el tiempo ha transcurrido y evidenciado la necesidad de modificar esta norma.»

Incluso por parte del Grupo Parlamentario Popular, la señora Matador de Matos coincidió: «El Grupo Parlamentario Popular ha valorado desde el primer momento de forma muy positiva la supresión de trámites para acceder al divorcio, como era la separación previa, que era la novedad que recogía en un principio este proyecto de ley. Además nosotros lo llevábamos también en el programa electoral y ahora era el momento de adecuar la Ley del Divorcio a la sociedad de nuestro tiempo. La Ley de 1981 tiene cosas buenas, otras mejorables y otras que había que desechar, pero tampoco podemos demonizar una ley con la que hemos convivido tantos años.»

Pero quizá las más significativas fueron las palabras de la Diputada Bonás Pahisa, del Grupo de Izquierda Republicana de Catalunya: «Contraer matrimonio es un derecho pero también lo es la disolución del vínculo cuando una o ambas partes lo desean. Si bien en la II República ya se consiguió el derecho al divorcio, anulado después por la dictadura, tuvimos que esperar hasta la constitución de 1978 para que se regulara la disolución del vínculo matrimonial. Se reguló el divorcio pero con restricciones en cuanto se pretendía salvar un vínculo que la Iglesia católica define como indisoluble. Hoy ha llegado el momento de introducir mejoras legales con el fin de reducir la carga de conflictividad que puede llevar asociado un proceso que supone el fin de una vida en común (...). Las relaciones se terminan porque las personas cambian y las personas cambian porque evolucionan. Una evolución supone un cambio de prioridades y simplemente la vida en común se termina porque ya es imposible o porque deja de ser enriquecedora. La destrucción del vínculo no supone un fracaso de la relación sino la constatación de una realidad. A pesar de que el divorcio es un proceso natural, la disolución del vínculo es una experiencia dolorosa. Por tanto, el objeto de la ley no es ya evitar la disolución del vínculo sino facilitar que se produzca de la forma menos traumática posible. Es fundamental tratar de proteger al máximo el bienestar

de los que más sufren en el caso de divorcio, que son los hijos o hijas del vínculo»¹¹².

4.2 Reflexiones sobre la reforma del divorcio en nuestro ordenamiento jurídico. La función del consentimiento

Llegados a este punto, no cabe duda de que el epicentro de los cambios legislativos introducidos por la ley reformadora del divorcio de 2005 lo constituye el papel predominante que se otorga al consentimiento¹¹³ de los cónyuges orientado a la disolución del vínculo matrimonial. Se consagra así en nuestro ordenamiento el que hemos denominado *divorcio como reconocimiento de un derecho individual a no continuar casado*, alcanzándose el último peldaño en la evolución del divorcio desde el punto de vista conceptual.

Una evolución que, aunque en otra medida, también se ha producido en los países de la Europa occidental, donde las legislaciones son cada vez más proclives a conceder un mayor protagonismo a la voluntad de los cónyuges. Como afirma Jean-François Perrin, esta evolución general de las disposiciones sobre el divorcio en Europa es reveladora de una modificación profunda de las estrategias de Estado en materia de control del divorcio. La permisividad real que se deriva de legislaciones tan distintas como la inglesa, que contempla una única causa de divorcio –la ruptura del matrimonio (*breakdown of marriage*)–, y la francesa, que contiene una heterogeneidad de causas, pone de manifiesto como efectivamente es posible vislumbrar un espíritu común en el modo de suavizar el control estatal respecto a la autonomía de los ciudadanos en el ámbito familiar¹¹⁴.

¹¹² Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 102, 29 de junio de 2005.

¹¹³ En opinión de CARRIÓN OLMOS, el empleo del término *consentimiento* debe reservarse en exclusiva para la fase de constitución del matrimonio. Ni siquiera en el supuesto de divorcio por mutuo acuerdo cabría hablar de *consentimiento contrario* al inicialmente prestado. En caso de divorcio se ha de hablar de *voluntad*, y no de *consentimiento* («Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», cit., p. 176).

¹¹⁴ En palabras del autor «On ne peut pas à la fois promouvoir l'individu matériellement libre et instaurer par la loi sa subordination au bien de la famille. Il y a probablement antinomie entre ce modèle d'homme et un quelconque modèle de famille durable. On ne peut être à la fois perpétuellement libre et soumis à une structure qui implique une contrainte supra-individuelle. L'évolution du droit suédois constitue, de ce point de vue, un modèle de genre. La prise en compte quasi exclusive de la volonté de divorcer conduit à un droit matrimonial qui abolit pratiquement la différence entre le mariage et l'union libre. Le droit matrimonial ne se définit plus alors en termes de modèle mais uniquement par sa finalité d'assistance». («Tendance des changements législatifs en matière de divorce en Europe occidentale», en COMMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, PERRIN, ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., p. 221).

Lo que sí parece claro es que la modificación de la regulación del divorcio implica partir de una distinta concepción del matrimonio ¹¹⁵, donde pierde credibilidad el criterio de la estabilidad ¹¹⁶ y se refuerza la autonomía de los cónyuges como máxima expresión de los derechos constitucionales de libertad personal y de respeto al libre desarrollo de la personalidad. El matrimonio no es ya una institución a preservar por encima de los intereses de los esposos, sino un cauce de realización personal donde se manifiesta su propia libertad.

Ahora bien, la libertad para extinguir el matrimonio no significa que no se deban reforzar las medidas de protección de los hijos menores o del cónyuge que queda en la situación más desprotegida. Como sostiene Perrin ¹¹⁷, el divorcio no sólo pone fin al matrimonio sino que, producida la quiebra, el objetivo a perseguir debe ser garantizar los derechos de los cónyuges en la ruptura y efectuar un control sobre los efectos. Se trata de plantear un nuevo contenido de la normativa reguladora del divorcio que se traduce en reconocer formalmente la disolución del vínculo matrimonial y regular sus consecuencias jurídicas y económicas. De este modo, el órgano judicial asume un papel determinante en la protección de los derechos de los más débiles dentro del ámbito familiar, bien por su falta de capacidad, como es el caso de los menores de edad, bien por las situaciones sociales y económicas en que se encuentran.

En este sentido, es relevante hacer notar como en Europa va abriéndose camino la denominada doctrina del «Clean Break»,

¹¹⁵ Como afirma CARRIÓN OLMOS, «El cambio es sensiblemente mayor en lo cualitativo que en lo cuantitativo. Aspectos tan esenciales como la estabilidad en la relación que del matrimonio surge, la función del consentimiento, la causa del negocio, el entramado de derechos y deberes interconyugales e incluso la propia naturaleza jurídica de la unión se ofrece ahora, a lo que parece, necesitados de revisión» («Separación y divorcio tras la Ley 15/2005, de 8 de julio», cit., p. 174). Para algunos autores con la reforma se refuerza el carácter contractual del matrimonio, PASTOR VITA lo concibe como un contrato societario de naturaleza claramente fiduciaria, de modo que entre los cónyuges se instaura una relación basada en la confianza y esa relación *intuitu personae* dura hasta que la voluntad de cualquiera de ellos decida ponerle fin («Algunas consideraciones sobre la Ley de Reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio», cit., p. 34) En opinión de VEGA SALA, la nueva regulación del divorcio dificulta que se pueda seguir considerando el matrimonio como una institución de orden público, aproximándolo a un instituto regido por el principio dispositivo («La reforma de la separación y el divorcio [Comentari a la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio]», cit., pp. 41 ss.).

¹¹⁶ ROUSSEL, COMAILLE, KELLERHALS, PERRIN, «Vue d'ensemble», en *Le divorce en Europe occidentale*, cit., p. 239.

¹¹⁷ El autor habla de una suerte de liberalismos a nivel de causas y un endurecimiento a nivel de consecuencias, especialmente en lo que se refiere a efectos económicos, no se pretende prevenir o evitar la ruptura, sino intervenir en ella al objeto de garantizar los derechos de las personas involucradas: cónyuges e hijos menores (PERRIN, «Tendance des changements législatifs en matière de divorce en Europe occidentale», en COMAILLE, FESTY, GUIBENTIF, KELLERHALS, PERRIN, ROUSSEL, *Le divorce en Europe occidentale*, cit., pp. 218-219).

cuya finalidad es dejar definitivamente resuelta la cuestión económica entre los esposos en el momento en que se establece el divorcio¹¹⁸. De este modo, bien por la actuación del legislador, bien por la práctica jurisprudencial, de lo que se trata es de poner una duración concreta a la situación de dependencia económica de un cónyuge respecto del otro una vez que se ha extinguido el matrimonio. Así se pretende llegar a un equilibrio en la protección de los intereses de la extinta familia y la futura –en los casos en que se contraen nuevas nupcias– y, en definitiva, conectar el principio de libertad personal y de responsabilidad individual. Una realidad que en cierta forma va ligada al Estado del bienestar, en la medida en que éste sea capaz de asumir la necesaria asistencia de los más perjudicados por la ruptura.

Pero quizá sea posible avanzar un paso más en este nuevo régimen jurídico del divorcio al que hacemos referencia. En algunos foros hace tiempo que empieza a cuestionarse hasta qué punto deviene necesaria una resolución judicial para la obtención del divorcio y si no sería posible designar otro órgano competente en la materia. La cuestión parece suscitar pocas dudas en los supuestos de divorcio litigioso, en los que el disenso de los interesados reclama la intervención de la Autoridad Judicial, tal y como sucede para otras cuestiones de Derecho de familia (art. 70 CC, sobre el domicilio conyugal; art. 156 CC, sobre el ejercicio de la patria potestad; art. 157 CC, para los supuestos del menor no emancipado; art. 159 CC, sobre la guarda de los hijos en caso de separación de los padres, etc.). Pero el problema parece muy distinto en los casos de divorcio (también separación, aunque no sea el objeto de nuestro estudio) consensuado.

En esta dirección se han hecho oír algunas voces¹¹⁹ que plantean soluciones alternativas a la preceptiva intervención judicial, y

¹¹⁸ Una cuestión que en cierta forma se ha dejado sentir asimismo en nuestro ordenamiento con la reforma del art. 97 CC operada por la Ley de 8 de julio de 2005, por la que se permite el pago de la pensión compensatoria mediante una única prestación. Sobre el tema, *vid.* MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, cit., pp. 94 ss.

¹¹⁹ CARRIÓN GARCÍA DE PARADA opina que si bien las actuales legislaciones europeas conceden a los cónyuges cierto grado de libertad para alcanzar acuerdos a la hora de separarse o divorciarse, no acaban de confiar plenamente en sus facultades para autorregular su propia relación en caso de crisis matrimonial. Es por ello que someten la apreciación de la oportunidad de la separación o el divorcio a una autoridad en la mayoría de los casos judicial. El autor propone una nueva regulación de la separación y el divorcio amistosos, por la que se potencie la autonomía de la voluntad de los cónyuges, y se mantenga la sumisión de esa voluntad común a controles que no necesariamente han de descansar en manos del poder judicial. Aboga por facilitar el entendimiento entre los cónyuges acudiendo de forma voluntaria a la mediación familiar y presenta al notario como el funcionario idóneo para acreditar que la voluntad de querer separarse o divorciarse sea verdadera, seria, meditada, libremente formada y exteriorizada de forma certera, así como para efectuar el necesario control de legalidad de los acuerdos de los cónyuges. («Separación y divorcio consensual», *La reforma de la justicia preventiva*, 2004, pp. 389 ss., esp. pp. 424 ss.); GARRIDO

que abogan por conceder a otras instancias públicas la función de acreditar la efectiva voluntad de los cónyuges de querer divorciarse y efectuar el necesario control de legalidad de los acuerdos alcanzados por los mismos.

Cierto es que en el Derecho comparado la mayoría de los países se decantan por el divorcio decretado judicialmente, pero también encontramos ejemplos en los que la concesión del divorcio y el control de sus efectos se efectúa por órganos administrativos. Es el caso de Portugal ¹²⁰, donde la separación y el divorcio por mutuo consentimiento pueden ser decretados por el oficial encargado del Registro Civil, siempre que los cónyuges no tengan hijos

MELERO considera una manifestación concreta del principio de libertad civil en el Código de Familia catalán la progresiva desaparición de la intervención judicial no contenciosa a favor de mecanismos privados bajo control notarial («Derecho de familia y principio de libertad civil: desjudicialización y control notarial», *Jornadas sobre el Código de Familia y la Ley de Uniones Estables de Pareja, Libro homenaje a la memoria de Luis Enrique Barberá Soriano*, La notaría, 1998, pp. 298 ss.); NAVARRO VIÑUALES destaca que la separación y el divorcio de mutuo acuerdo no implican un conflicto, por lo que su carácter amistoso los hace aptos para ser transferido de la esfera judicial a la esfera notarial, de modo que sean los propios interesados quienes elijan una u otra vía. En caso de ausencia de hijos el objetivo es reforzar la capacidad de autorreglamentación de los cónyuges, de modo que se potencie la autonomía de la voluntad. A ello se le añade el necesario control de legalidad a cargo de un funcionario estatal, que bien puede ser la figura del notario. Si los cónyuges tienen hijos menores a su cargo, la existencia de éstos supone un importante límite a la autonomía de la voluntad, de modo que en tales supuestos se aconseja un control adicional que homologue los pactos a los que hayan podido llegar, y que podría recaer en distintas instancias: la Autoridad Judicial, el Ministerio Fiscal o un órgano administrativo creado al efecto («La tendencia desjudicializadora en el nuevo Derecho de familia», *El nuevo Derecho de familia: modificaciones legislativas y tendencias doctrinales*, cit., pp. 253 ss., esp. pp. 286-290).

¹²⁰ Después de la Revolución de 1974 y hasta la reforma de 1977, se modificó varias veces el Derecho de familia contenido en el Código Civil portugués (DL núm. 261/75, de 27 de mayo, por el que se reformaron varios artículos referidos al divorcio; DL núm. 6/76, de 10 de enero; DL núm. 561/76, de 17 de julio, con el que se reformulan los fundamentos de la separación y el divorcio litigiosos, entre los cuales la separación de hecho pasó a ser causa objetiva unilateral; y DL núm. 605/76, de 24 de julio). En 1982 se reforma la Constitución, estableciéndose a favor de la familia una garantía institucional: «La familia como elemento fundamental de la sociedad» dice el art. 67 de la Constitución (sobre el tema, PEREIRA COELHO e GILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de Direito da família*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra, 2001, p. 153). Después de la citada reforma de 1977, el Derecho de familia del Código Civil fue modificado al menos 17 veces, algunas de carácter muy puntual. La más significativa fue sobre la adopción que comenzó en 1993. La segunda ha sido el régimen matrimonial, y en especial el divorcio. En lo que a esta cuestión se refiere, destaca el Decreto-ley núm. 163/95, de 13 de julio que, como se indica, permite al oficial encargado del Registro Civil conceder el divorcio por mutuo consentimiento. En esta norma también se le conceden otras competencias a los conservadores del Registro, como la dispensa de algunos impedimentos. Con posterioridad, el camino iniciado se ha completado en dos etapas: con el Decreto-ley núm. 47/98, de 10 de agosto, que dispone «el divorcio por mutuo consentimiento puede ser pedido por los cónyuges en todo momento», con lo que suprime sin más el período de reflexión y la necesidad de estipular acuerdos complementarios sobre sus efectos. Y el Decreto-ley núm. 272/2001, de 13 de octubre, que entrega en exclusiva al conservador del Registro la competencia que el decreto de 1995 le había concedido en paralelo con los Tribunales (HEINRICH EWALD HÖSTER, «Evoluções legislativas no Direito da família depois da reforma de 1977», *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, vol. I, *Direito da família e das sucessões*, cit., pp. 59 ss.).

menores a su cargo o que el ejercicio de la patria potestad ya haya sido judicialmente regulado (Decreto-ley núm. 163/95, de 13 de julio, en vigor desde el 15 de septiembre de 1995) ¹²¹. Asimismo, países como Dinamarca o Noruega permiten a los cónyuges solicitar el divorcio consensual ante la autoridad administrativa ¹²².

También hay ordenamientos en los que se ha trasferido la competencia de decretar el divorcio a los notarios. Es el caso de Cuba, donde con el Decreto-ley 154, de 1994 ¹²³, se consagra el divorcio por escritura notarial, cuando exista acuerdo entre los cónyuges sobre la disolución del vínculo matrimonial y sus efectos inmedia-

¹²¹ En su Exposición de Motivos se establece: «Se atribui ao conservador do Registro Civil competencia para, paralelamente aos tribunais, decretar o divorcio e a separação de pessoas e bens por mutuo consentimento, se, além dos demais requisitos de directo substantivo, o casal requerente nao tiver fillos menores ou, havendo-os o exercido do respectivo poder paternal se mostrar já judicialmente regulado, entendendo-se que a natureza dos interesses em causa aconselha, nesta materia, a intervençao exclusiva dos tribunais». Art. 1773: «1. O divorcio pode ser por mútuo consentimento ou litigioso. 2. O divorcio por mútuo consentimento pode ser requerido por ambos os cónjuges, de comum acordo, no tribunal o una conservatória do Registro Civil se, neste caso, o casal nao tiver filhos menores ou, havendo-os, o exercicio do respectivo poder paternal se mostrar já judicialmente regulado.» Por tanto para el Gobierno el divorcio por mutuo consentimiento es considerado como un asunto jurídico-administrativo cuya solución compete a técnicos de Derecho, con posibilidades de recurso ante los tribunales jurisdiccionales.

¹²² Estos países mantienen un sistema híbrido en el que coexiste un procedimiento judicial junto a uno administrativo, si bien la gran mayoría de separaciones y divorcios se realizan a través de esta segunda vía. La autoridad competente es el *Gouverneur du comté*, asistido por agentes administrativos con especial formación jurídica. En Dinamarca, los cónyuges deben ponerse de acuerdo no sólo sobre el hecho de separarse o divorciarse y el tipo de procedimiento judicial o administrativo, sino también sobre determinados efectos del divorcio: la custodia de los hijos menores, el derecho de pensión a favor de uno de los esposos y su duración o cualquier otra compensación económica por razón del matrimonio y el destino de la vivienda familiar. Sólo en caso de llegar a un acuerdo sobre tales cuestiones, que deberá ser facilitado por el órgano administrativo competente, se podrá decretar el divorcio. En caso contrario, los cónyuges deberán formular sus peticiones delante del juez. Sobre el resto de las materias (derecho de visitas a los hijos, montante de la pensión debida al cónyuge o a los hijos, partición de los bienes) no se impone un acuerdo inmediato de los cónyuges, por lo que podrán discutir tales asuntos en un momento posterior al divorcio. En Noruega, por el contrario, el procedimiento administrativo es la vía normal para todas las demandas de divorcio precedidas de una separación legal, así como en todos los supuestos de divorcio por mutuo consentimiento. Tampoco es necesario que los cónyuges acuerden los efectos del divorcio, sino que tales cuestiones podrán ser posteriormente planteadas ante los tribunales de justicia. Hasta las últimas reformas, en ambos países era obligatorio acudir a la mediación familiar para una tentativa de reconciliación, cuestión ésta que ha quedado suprimida en Dinamarca y sólo es preceptiva en Noruega cuando los cónyuges tengan hijos menores de seis años (MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit*, cit., pp. 79 ss.).

¹²³ En la Exposición de Motivos se establece: «... Por cuanto los actuales requerimientos para el perfeccionamiento de los tribunales y la necesidad de disminución y agilización de trámites jurídicos que realiza la población, aconsejan extraer de la competencia de los tribunales populares y transferir a la función notarial el conocimiento y tramitación del divorcio, siempre que no existiere contradicción en los cónyuges en cuanto a las condiciones y efectos jurídicos del mismo, ni perjuicios a terceros, por considerar que el notario a través del ejercicio de la fe pública, realiza actividades extrajudiciales que garantizan igualmente la eficacia jurídica y legalidad de estos actos, sin que disminuya por ello la trascendencia jurídica e importancia social de éstos».

tos, y no se emita por el fiscal un dictamen en contrario. A falta de acuerdo o mediando dictamen en contra del fiscal, el divorcio se tramitará por la vía judicial (art. 1) ¹²⁴.

Se trataría por tanto de abogar por la instauración de un divorcio de tipo administrativo, en el que el funcionario encargado del Registro Civil –o el notario, en su caso– se limitase a constatar la voluntad de los cónyuges de disolver el vínculo matrimonial, en aquellos casos en que ambos estuviesen de acuerdo en extinguir el matrimonio y existiese un consenso sobre los efectos del divorcio, siendo más discutible en el supuesto de existencia de hijos menores a su cargo.

En definitiva, como se ha visto a lo largo de este trabajo, la libertad individual está lejos de haber desarrollado todas sus posibilidades en lo que respecta a las relaciones dentro de la familia, por lo que en ningún caso puede decirse que haya culminado este proceso de adaptación de las normas reguladoras del Derecho de Familia a los cambios que se han ido produciendo desde la entrada en vigor de la Constitución Española.

¹²⁴ El notario ha de analizar las convenciones de los cónyuges, y en especial los pactos referidos a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos menores de edad, régimen de comunicación y pensiones, con especial atención a que aquéllos no atenten contra: *a*) el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores; *b*) la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos; *c*) la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores; *d*) la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes menores, y *e*) el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres (art. 4). Aceptado el acuerdo, el notario otorgará el divorcio. Si por el contrario no está de acuerdo con alguno de los pactos alcanzados por los cónyuges sobre estas cuestiones, dará traslado al fiscal para que se pronuncie sobre los mismos (art. 5). Si el dictamen del fiscal es desfavorable, el notario lo comunicará a los interesados para que, si lo desean, modifiquen el acuerdo de que se trate y se pueda decretar el divorcio. En caso contrario, el notario interrumpirá la tramitación del divorcio, dejando expedita la vía judicial (art. 8). El incumplimiento por cualquiera de los excónyuges de alguno de los pronunciamientos contenidos en la escritura de divorcio, se resolverá en proceso de ejecución ante el tribunal municipal popular que corresponda (art. 12).

CRÓNICA DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COMUNITARIAS

MARTA REQUEJO ISIDRO

Profesora Titular de Derecho Internacional Privado
Universidad de Santiago de Compostela

I. LEGISLACIÓN

A) NORMATIVA VIGENTE

ACUERDO EEE

1. **Modificaciones de anexos. *DOUE*, L, núm. 257, de 25 de septiembre de 2008. *DOUE*, L, núm. 280, de 23 de octubre de 2008. *DOUE*, L, núm. 309, de 20 de noviembre de 2008. *DOUE*, L, núm. 25, de 29 de enero de 2009.**

BIENES CULTURALES

2. **Reglamento (CE) núm. 116/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la exportación de bienes culturales (Versión codificada). *DOUE*, L, núm. 30, de 10 de febrero de 2009.**

CONSUMIDORES

3. **Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio. *DOUE*, L, núm. 33, de 3 de febrero de 2009.**

DERECHO DE LA COMPETENCIA

4. **Reglamento (CE) núm. 1033/2008 de la Comisión, de 20 de octubre de 2008, que modifica el Reglamento (CE) núm. 802/2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas. *DOUE*, L, núm. 279, de 23 de octubre de 2008.**

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

5. **Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y**

extrajudiciales en materia civil o mercantil. *DOUE*, L, núm. 331, de 10 de diciembre de 2008.

6. **Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.** *DOUE*, L, núm. 7, de 10 de enero de 2008.
7. **Decisión de la Comisión, de 22 de diciembre de 2008, sobre la petición del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, Roma I [notificada con el número C (2008) 8554].** *DOUE*, L, núm. 010, de 15 de enero de 2009.

PROPIEDAD INDUSTRIAL

8. **Directiva 2008/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas (Versión codificada).** *DOUE*, L, núm. 299, de 8 de noviembre de 2008.

PROPIEDAD INTELECTUAL

10. **Corrección de errores de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información.** *DOUE*, L, núm. 314, de 25 de noviembre de 2008.

B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

AYUDAS DE ESTADO

11. **Comunicación de la Comisión relativa a los criterios de evaluación de las ayudas estatales establecidas en la comunicación de la Comisión sobre determinados aspectos jurídicos vinculados a las obras cinematográficas y a otras producciones del sector audiovisual (Comunicación sobre el cine) de 26 de septiembre de 2001.** *DOUE*, C, núm. 31, de 7 de febrero de 2009.

COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

12. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre las propuestas siguientes: Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la**

Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la **Directiva 2002/58/CE** relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el **Reglamento (CE) núm. 2006/2004** sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores. *DOUE*, C, núm. 224, de 30 de agosto de 2008.

DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO

13. **Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2007, sobre el Derecho contractual europeo.** *DOUE*, C, núm. 323, de 18 de diciembre de 2008.

DERECHO DE LA COMPETENCIA

14. **Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.** *DOUE*, C, núm. 265, de 18 de octubre de 2008.
15. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de noviembre de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/6/CE sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) en lo que respecta a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión [COM (2006)0913 - C6-0016/2007 - 2006/0301(COD)].** *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.
16. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 14 de noviembre de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/6/CE sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado) en lo que respecta a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.** *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.
17. **Propuesta de reglamento del Consejo relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos y prácticas concertadas en el sector del transporte aéreo (versión codificada), COM (2008) 367.** Referencia en *DOUE*, C, núm. 10, de 15 de enero de 2009.

ENTIDADES DE CRÉDITO

18. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de noviembre de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/49/CE sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, por lo que se refiere al ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión [COM (2006)0901 - C6-0001/2007 - 2006/0283(COD)].** *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.

19. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 14 de noviembre de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/49/CE sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito, por lo que se refiere al ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.** *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.
20. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de noviembre de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/48/CE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, por lo que se refiere al ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión [COM (2006)0902 - C6-0023/2007 - 2006/0284(COD)].** *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.
21. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 14 de noviembre de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/48/CE relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio, por lo que se refiere al ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.** *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.
22. **Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 14 de noviembre de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2002/87/CE relativa a la supervisión adicional de las entidades de crédito, empresas de seguros y empresas de inversión de un conglomerado financiero, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión.** *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

23. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 11 de octubre de 2007, sobre la recomendación de Decisión del Consejo sobre la adhesión de Bulgaria y Rumanía al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 [COM (2007)0217 - C6-0157/2007 - 2007/0077(CNS)].** *DOUE*, C, núm. 227 E, de 4 de septiembre de 2008.
24. **Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2007, respecto de la Posición Común del Consejo con vistas a la adopción del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos) y por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1348/2000 [(87)03/5/2007 - C6-0217/2007 - 2005/0126(COD)].** *DOUE*, C, núm. 263 E, de 16 de octubre de 2008.

25. Resolución del Parlamento Europeo, de 11 de diciembre de 2007, sobre el Libro Verde: La protección diplomática y consular del ciudadano de la Unión en los terceros países [2007/2196(INI)]. *DOUE*, C, núm. 323, de 18 de diciembre de 2008.
26. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2007, sobre la propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos [COM (2005) 0649 - C6-0079/2006 - 2005/0259(CNS)]. *DOUE*, C, núm. 323, de 18 de diciembre de 2008.
27. Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo sobre la creación de una red de cooperación legislativa entre los Ministerios de Justicia de los Estados miembros de la Unión Europea. *DOUE*, C, núm. 326, de 20 de diciembre de 2008.
28. Propuesta de decisión del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Decisión 2001/470/CE del Consejo por la que se crea una Red Judicial Europea en materia civil y mercantil [COM (2008) 380]. Referencia en *DOUE*, C, núm. 10, de 15 de enero de 2009.
29. Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre el Libro Verde de la Comisión titulado «Eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: Transparencia de los activos patrimoniales de los deudores» [COM (2008) 128 final]. *DOUE*, C, núm. 20, de 27 de enero de 2009.
30. Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento. Recomendación sobre el proyecto de Decisión del Consejo relativa a la celebración del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (aprobación). *DOUE*, C, núm. 29 E, de 5 de febrero de 2009.
31. Proyecto de Resolución legislativa del Parlamento. Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimento (aprobación). *DOUE*, C, núm. 35 E, de 12 de febrero de 2009.

INSTRUMENTOS FINANCIEROS

32. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de noviembre de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instrumentos financieros, por lo que se refiere a las competencias ejecutivas atribuidas a la Comisión [COM (2006)0910 - C6-0018/2007 - 2006/0305(COD)]. *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.
33. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 14 de noviembre de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2004/39/CE relativa a los mercados de instru-

mentos financieros, por lo que se refiere a las competencias ejecutivas atribuidas a la Comisión. *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.

PAGOS TRANSFRONTERIZOS

34. Dictamen del Banco Central Europeo, de 6 de enero de 2009, acerca de una propuesta de reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad. *DOUE*, C, núm. 21, de 28 de enero de 2009.

PROPIEDAD INTELECTUAL

35. Resolución del Consejo, de 25 de septiembre de 2008., sobre un plan europeo global de lucha contra la falsificación y la piratería. *DOUE*, C, núm. 253, de 4 de octubre de 2008.
36. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2007, sobre la propuesta de Decisión del Consejo sobre la aceptación, en nombre de la Comunidad Europea, del Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), hecho en Ginebra el 6 de diciembre de 2005 [8934/2006 - C6-0359/2006 - 2006/0060(AVC)]. *DOUE*, C, núm. 263 E, de 16 de octubre de 2008.
37. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 12 de diciembre de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 98/71/CE sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos [COM (2004) 0582 - C6-0119/2004 - 2004/0203(COD)]. *DOUE*, C, núm. 323, de 18 de diciembre de 2008.
38. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 12 de diciembre de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 98/71/CE sobre la protección jurídica de los dibujos y modelos. *DOUE*, C, núm. 323, de 18 de diciembre de 2008.

RESPONSABILIDAD CIVIL

39. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 23 de octubre de 2007, sobre la propuesta de Decisión del Consejo por la que se autoriza a la República de Eslovenia para ratificar, en interés de la Comunidad Europea, el Protocolo de 12 de febrero de 2004 por el que se modifica el Convenio de París de 29 de julio de 1960 acerca de la responsabilidad civil en materia de energía nuclear [9453/2007 - C6-0180/2007 - 2006/0260(AVC)]. *DOUE*, C, núm. 263 E, de 16 de octubre de 2008.

SEGURIDAD MARÍTIMA

40. Posición Común (CE) núm. 29/2008, de 9 de diciembre de 2008, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento

establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo. *DOUE, C*, núm. 330 E, de 30 de diciembre de 2008.

41. Posición Común (CE) núm. 30/2008, de 9 de diciembre de 2008, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado de abanderamiento. *DOUE, C*, núm. 330 E, de 30 de diciembre de 2008.

SEGUROS

42. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio - Solvencia II [COM (2007) 361 final - 2007/0143 (COD)]. *DOUE, C*, núm. 224, de 30 de agosto de 2008.

SOCIEDADES

43. Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2007, sobre la Sociedad Privada Europea y la Decimocuarta Directiva sobre el Derecho de sociedades sobre la transferencia de la sede social de una sociedad. *DOUE, C*, núm. 263 E, de 16 de octubre de 2008.
44. Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (versión codificada), COM (2008) 344. Referencia en *DOUE, C*, núm. 010, de 15 de enero de 2009.
45. Proyecto de resolución legislativa del Parlamento. Informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único (aprobación). *DOUE, C*, núm. 29 E, de 5 de febrero de 2009.

VALORES

46. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de noviembre de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión [COM (2006)0909 -

- C6-0026/2007 - 2006/0282(COD)]. *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.
47. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 14 de noviembre de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2004/109/CE sobre la armonización de los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores se admiten a negociación en un mercado regulado, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.
 48. Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 14 de noviembre de 2007, sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión [COM (2006)0911 - C6-0020/2007 - 2006/0306(COD)]. *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.
 49. Posición del Parlamento Europeo adoptada en primera lectura el 14 de noviembre de 2007 con vistas a la adopción de la Directiva 2008/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2003/71/CE sobre el folleto que debe publicarse en caso de oferta pública o admisión a cotización de valores, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. *DOUE*, C, núm. 282 E, de 6 de noviembre de 2008.

TRANSPORTES

50. Directrices sobre la aplicación del artículo 81 del Tratado CE a los servicios de transporte marítimo. *DOUE*, C, núm. 245, de 26 de septiembre de 2008.

II. PRÁCTICA DEL TJCE, DEL TPICE Y DEL TRIBUNAL DE LA AELC

ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

51. Asuntos acumulados C-468/06 a C-478/06. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de septiembre de 2008. Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Efeteio Athinon - Grecia) - Sot. Lélos kai Sia EE (C-468/06), Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton (C-469/06), Konstantinos Xydias kai Sia OE (C-470/06), Farmakemporiki AE Emporias kai Dianomis Farmakeftikon Proïonton (C-471/06), Ionas Stroumsas EPE (C-472/06), Ionas Stroumsas EPE (C-473/06), Pharmakapothiki Pharma-Group Messinias AE (C-474/06), K.P. Marinopoulos AE Emporias kai Dianomis Pharmakeftikon Proïonton (C-475/06), K.P. Marinopoulos AE Emporias kai Dianomis Pharmakeftikon Proïonton (C-476/06), Kokkoris D. Tsánas K. EPE y otros (C-477/06), Kokkoris D. Tsánas K. EPE y otros (C-478/06)/Glaxos-

mithkline AEVE Farmakeftikon Proïonton, anteriormente Glaxowellcome AEVE. Artículo 82 CE - Abuso de posición dominante - Productos farmacéuticos - Negativa a abastecer a los comerciantes mayoristas que realizan exportaciones paralelas - Carácter normal de los pedidos. *DOUE*, C, núm. 301, de 22 de noviembre de 2008.

52. Asunto C-52/07. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 11 de diciembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Marknadsdomstolen (Suecia) Kanal 5 Ltd, TV 4 AB/Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM). Derecho de propiedad intelectual - Entidad de gestión de derechos de propiedad intelectual que disfruta de una situación de monopolio de hecho - Percepción de una remuneración relativa a la difusión por televisión de obras musicales - Método de cálculo de esta remuneración - Posición dominante - Abuso. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.

AYUDAS DE ESTADO

53. Asunto C-206/06. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 17 de julio de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Rechtbank Groningen - Países Bajos) - Essent Netwerk Noord BV, Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV, Aluminium Delfzijl BV/Aluminium Delfzijl BV, Staat der Nederlanden, Essent Netwerk Noord BV, Nederlands Elektriciteit Administratiekantoor BV, Saranne BV. Mercado interior de la electricidad - Normativa nacional que permite la percepción de un suplemento de la tarifa de transporte de electricidad en beneficio de una sociedad designada por ley obligada a pagar los costes hundidos - Exacciones de efecto equivalente a derechos de aduana - Tributos internos discriminatorios - Ayudas otorgadas por los Estados miembros. *DOUE*, C, núm. 223, de 30 de agosto de 2008.
54. Asuntos acumulados C-75/05 P y C-80/05 P. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de septiembre de 2008 - República Federal de Alemania (C-75/05 P), Glunz AG, OSB Deutschland GmbH (C-80/05 P)/Kronofrance SA, Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación - Ayudas de Estado - Decisión de la Comisión de no formular objeciones - Recurso de anulación - Admisibilidad - Partes interesadas - Ayudas regionales a grandes proyectos de inversión - Directrices multisectoriales de 1998. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.
55. Asunto T-20/03. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de septiembre de 2008 - Kahla/Thüringen Porzellan/Comisión. Ayudas de Estado - Ayuda existente o ayuda nueva - Empresa en crisis - Principio de seguridad jurídica - Principio de protección de la confianza legítima - Criterio del inversor privado - Compatibilidad con el mercado común - Requisitos. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.

56. Asuntos acumulados T-309/04, T-317/04, T-329/04 y T-336/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 2008 - TV 2/Danmark/Comisión. Ayudas de Estado - Medidas adoptadas por las autoridades nacionales danesas con respecto a la empresa pública de radiodifusión TV 2 para financiar su misión de servicio público - Medidas calificadas como ayudas de Estado parcialmente compatibles y parcialmente incompatibles con el mercado común - Recurso de anulación - Admisibilidad - Interés en ejercitar la acción - Derecho de defensa - Servicio público de la radiodifusión - Definición y financiación - Fondos estatales - Obligación de motivación - Obligación de examen. *DOUE*, C, núm. 313, de 6 de diciembre de 2008.
57. Asunto T-70/07 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de noviembre de 2008 - Cantieri Navali Termoli/Comisión. Ayudas estatales - Construcción naval - Ayudas de funcionamiento concedidas en relación con determinados contratos que tienen por objeto buques - Solicitud de prórroga del plazo de entrega de un buque previsto en el artículo 3 del Reglamento (CE) núm. 1540/98 - Relación de causalidad entre el acontecimiento extraordinario y el retraso. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
58. Asuntos acumulados T-254/00, T-270/00 y T-277/00. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de noviembre de 2008 - Hotel Cipriani y otros/Comisión. Ayudas de Estado - Reducciones de cargas sociales en favor de las empresas implantadas en el territorio de Venecia y de Chioggia - Decisión por la que se declara el régimen de ayudas incompatible con el mercado común y se exige la recuperación de las ayudas abonadas - Admisibilidad - Relación individual - Requisitos relativos al perjuicio para los intercambios comerciales intracomunitarios y a la repercusión en la competencia - Excepciones basadas en el artículo 87 CE, apartado 3, letra *b*) a letra *e*), y en el artículo 87 CE, apartado 2, letra *b*) - Calificación de ayuda nueva o de ayuda existente - Principios de seguridad jurídica, de protección de la confianza legítima, de igualdad de trato y de proporcionalidad - Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 19, de 24 de enero de 2009.
59. Asunto T-188/07. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 25 de noviembre de 2008 - Fastweb/Comisión. Ayudas de Estado - Subvenciones para la adquisición de descodificadores digitales - Telecomunicaciones - Decisión de la Comisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común - Decisión adoptada durante el procedimiento por el Estado miembro de no proceder a la recuperación de la ayuda de la empresa que impugnó la Decisión de la Comisión en el marco de un recurso de anulación - Desaparición del interés en ejercitar la acción - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
60. Asunto C-333/07. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de diciembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour administrative d'appel de Lyon (Francia). Regie Networks/Direction de contrôle fiscal Rhône-Alpes Bourgogne. Ayudas de Estado Régimen de ayudas a favor de emisoras de radio

locales - Financiación a través de una exacción parafiscal sobre las empresas de publicidad - Decisión favorable de la Comisión tras la fase de examen previo establecida en el artículo 93, apartado 3, del Tratado CE (actualmente, artículo 88 CE, apartado 3, tras su modificación) - Ayudas que pueden ser compatibles con el mercado común - Artículo 92, apartado 3, del Tratado CE (actualmente artículo 87 CE, apartado 3) - Impugnación de la legalidad de la Decisión - Deber de motivación - Apreciación de los hechos - Compatibilidad con el Tratado CE de la exacción parafiscal. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.

61. Asunto C-384/07. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de diciembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Austria). Wienstrom GmbH/Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit. Ayudas de Estado - Artículo 88 CE, apartado 3 - Ayudas declaradas compatibles con el mercado común - Litigio entre el beneficiario y las autoridades nacionales relativo al importe de las ayudas ilegalmente ejecutadas - Función del juez nacional. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.
62. Asuntos T-211/04 y T-215/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008 - Government of Gibraltar y Reino Unido/Comisión. Ayudas de Estado - Régimen de ayudas notificado por el Reino Unido con respecto a la reforma del impuesto de sociedades del Gobierno de Gibraltar - Decisión por la que se declara el régimen de ayudas incompatible con el mercado común - Selectividad regional - Selectividad material. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.
63. Asunto T-455/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008 - Componenta/Comisión. Ayudas de Estado - Sector de la metalurgia - Adquisición de una participación perteneciente a una empresa en una sociedad inmobiliaria y devolución de un préstamo concedido por dicha empresa a la sociedad inmobiliaria como contrapartida de una inversión de dicha empresa - Decisión por la que se declara que la ayuda es incompatible con el mercado común y se ordena su restitución - Criterio del inversor privado - Valoración de las acciones de una sociedad inmobiliaria - Valoración de los bienes inmuebles de una sociedad - Obligación de motivación - Examen de oficio. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.

COMPETENCIA

64. Asuntos acumulados T-433/03, T-434/03, T-367/04 y T-244/05. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 26 de junio de 2008 - Gibtelecom/Comisión. Competencia - Telecomunicaciones - Decisiones de archivo de denuncias basadas en el artículo 86 CE - Falta de pronunciamiento de la Comisión sobre denuncias basadas en el artículo 86 CE - Recurso de anulación - Recurso por omisión - Desaparición del objeto del litigio en el curso del procedimiento - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 223, de 30 de agosto de 2008.

65. **Asunto T-358/06. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de julio de 2008 - Wegenbouwmaatschappij J. Heijmans/Comisión. Recurso de anulación - Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE - Recurso interpuesto por una empresa mencionada en los fundamentos de una decisión de la que no era destinataria - Inexistencia de interés para ejercitar la acción - Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 223, de 30 de agosto de 2008.**
66. **Asunto T-212/03. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de septiembre de 2008 - MyTravel/Comisión. Responsabilidad extracontractual de la Comunidad - Competencia - Decisión por la que se declara una operación de concentración incompatible con el mercado común - Anulación de la decisión mediante una sentencia del Tribunal de Primera Instancia - Infracción suficientemente caracterizada de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares. *DOUE*, C, núm. 272, de 25 de octubre de 2008.**
67. **Asunto C-279/06. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de septiembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Madrid - CEPSA, Estaciones de Servicio, S.A./L.V. Tobar e Hijos, S. L. Competencia - Prácticas colusorias - Acuerdos entre empresas - Artículo 81 CE - Reglamento (CEE) núm. 1984/83 - Artículos 10 a 13 - Reglamento (CE) núm. 2790/1999 - Artículo 4, letra a) - Contrato de suministro exclusivo de productos petrolíferos entre el titular de una estación de servicio y una empresa petrolera - Exención. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.**
68. **Asunto T-68/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 2008. SGL Carbon/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de productos eléctricos y mecánicos de carbono y grafito - Directrices para el cálculo de las multas - Gravedad y duración de la infracción - Principio de proporcionalidad - Principio de igualdad de trato - Límite máximo del 10 % del volumen de negocios - Intereses de demora. *DOUE*, C, núm. 301, de 22 de noviembre de 2008.**
69. **Asunto T-69/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 2008 - Schunk y Schunk Kohlenstoff-Technik/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de productos eléctricos y mecánicos de carbono y grafito - Excepción de ilegalidad - Artículo 15, apartado 2, del Reglamento núm. 17 - Imputabilidad de la conducta infractora - Directrices para el cálculo de las multas - Gravedad y efecto de la infracción - Efecto disuasorio - Cooperación durante el procedimiento administrativo - Principio de proporcionalidad - Principio de igualdad de trato - Reconvencción para que se incremente la multa. *DOUE*, C, núm. 301, de 22 de noviembre de 2008.**
70. **Asunto T-73/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 2008 - Carbone-Lorraine/Comisión. Competencia - Cárteles - Mercado de los productos eléctricos y mecánicos de carbono y grafito - Directrices para el cálculo del importe de las multas - Gra-**

vedad y duración de la infracción - Circunstancias atenuantes - Cooperación durante el procedimiento administrativo - Principio de proporcionalidad - Principio de igualdad de trato. *DOUE*, C, núm. 301, de 22 de noviembre de 2008.

71. Asunto C-209/07. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 20 de noviembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court (Irlanda) - The Competition Authority/Beef Industry Development Society Ltd., Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd. Competencia - Artículo 81 CE, apartado 1 - Concepto de «acuerdo que tiene por objeto restringir la competencia» - Acuerdo de reducción de capacidad de producción - Carne de vacuno. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
72. Asunto T-301/06. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 13 de noviembre de 2008, Lemaître Sécurité/Comisión. Recurso de anulación - Dumping - Importaciones de calzado con puntera protectora originarias de la República Popular China y de la India - Decisión de la comisión de dar por concluido el procedimiento antidumping - Falta de afectación individual - Inadmisibilidad manifiesta. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
73. Asunto T-85/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008 - General Química y otros/Comisión. Competencia - Prácticas colusorias - Sector de las sustancias químicas para la industria del caucho - Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE - Intercambio de información confidencial y fijación de precios - Imputación a la sociedad matriz - Responsabilidad solidaria - Multas - Comunicación sobre la cooperación. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.

CONCENTRACIONES DE EMPRESAS

74. Asunto C-413/06 P. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de julio de 2008 - Bertelsmann AG, Sony Coporation of America/Comisión de las Comunidades Europeas, Independent Music Publishers and Labels Association (Impala, association internationale), Sony BMG Music Entertainment BV. Recurso de casación - Competencia - Control de las operaciones de concentración de empresas - Empresa Común Sony BMG - Recurso frente a la anulación de una decisión de la Comisión que declara una concentración compatible con el mercado común - Control jurisdiccional - Alcance - Exigencias de prueba - Función del pliego de cargos - Creación o refuerzo de una posición dominante colectiva - Motivación de las decisiones de autorización de operaciones de concentración - Utilización de información confidencial. *DOUE*, C, núm. 223, de 30 de agosto de 2008.

CONSUMIDORES

75. Asunto C-205/07. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Beroep te Gent (Bélgica). Procedimiento penal/Lodewijk Gysbrechts, Santurel Inter BVBA. Artículos 28 CE

a 30 CE - Directiva 97/7/CE - Protección de los consumidores en materia de contratos a distancia - Plazo para resolver el contrato - Prohibición de exigir al consumidor un anticipo o un pago antes de que se extinga el plazo de resolución. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.

EMPRESAS DE INVERSIÓN

76. Asunto C-113/08. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 4 de diciembre de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España. Incumplimiento de Estado - Directiva 2006/49/CE - Empresas de inversión y entidades de crédito - Adecuación del capital - No adaptación del Derecho interno en el plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 19, de 24 de enero de 2009.

ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

77. Asunto C-195/08 PPU. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de julio de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Lietuvos Aukščiausiasis Teismas (República de Lituania) - Procedimiento iniciado por Inga Rinau. Cooperación judicial en materia civil - Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales - Ejecución en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental - Reglamento (CE) núm. 2201/2003 - Solicitudes de que no se reconozca una resolución judicial de restitución de un menor retenido ilícitamente en otro Estado miembro - Procedencia - Procedimiento prejudicial de urgencia. *DOUE*, C, núm. 223, de 30 de agosto de 2008.
78. Asunto C-372/07. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de octubre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por la Supreme Court (Irlanda) - Nicole Hassett/South Eastern Health Board, Cheryl Doherty/North Western Health Board. Competencia judicial - Reglamento (CE) núm. 44/2001 - Artículo 22, apartado 2 - Litigios sobre la validez de las decisiones de los órganos de las sociedades - Competencia exclusiva de los tribunales del Estado donde la sociedad tiene su domicilio - Asociación profesional de médicos. *DOUE*, C, núm. 301, de 22 de noviembre de 2008.
79. Asunto C-353/06. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de octubre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Amtsgericht Flensburg, (Alemania) - Procedimiento incoado por Stefan Grunkin, Dorothee Regina Paul. Derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros - Derecho internacional privado en materia de apellido - Conexión exclusiva con la nacionalidad para la determinación de la ley aplicable - Niño nacido y residente en un Estado miembro y nacional de otro Estado miembro - Falta de reconocimiento en el Estado miembro del que es nacional del apellido adquirido en el Estado miembro de nacimiento y de residencia. *DOUE*, C, núm. 313, de 6 de diciembre de 2008.

IMPORTACIONES PARALELAS

80. **Asunto C-276/05. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 22 de diciembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) - The Wellcome Foundation Ltd/Paranova Pharmazeutika Handels GmbH. Marca - Producto farmacéutico - Reenvasado - Importación paralela - Cambio sustancial en la presentación del envase - Obligación de advertencia previa. DOUE, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.**

LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

81. **Asunto C-282/07. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour d'appel de Liège (Bélgica). État belge - SPF Finances/ Truck Center SA. Libertad de establecimiento - Artículos 52 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 43 CE) y 58 del Tratado CE (actualmente, artículo 48 CE) - Libre circulación de capitales - Artículos 73 B y 73 D del Tratado CE (actualmente, artículos 56 CE y 58 CE, respectivamente) - Tributación de las personas jurídicas - Rentas de capital y de bienes mobiliarios - Retención en la fuente del impuesto - Retención sobre las rentas del capital mobiliario - Percepción de la retención sobre las rentas de capital mobiliario por los intereses abonados a sociedades no residentes - Exención de la retención sobre las rentas del capital mobiliario por los intereses abonados a sociedades residentes - Convenio para evitar la doble imposición - Restricción - Inexistencia. DOUE, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.**

MARCAS

82. **Asunto C-488/06 P. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 17 de julio de 2008. L & D, S.A./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Julius Sämann Ltd. Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículos 8, apartado 1, letra b), y 73 - Marca figurativa «Aire Limpio» - Marcas figurativas comunitaria, nacionales e internacionales que representan un abeto con diversas denominaciones - Oposición del titular - Denegación parcial de registro - Deducción del carácter distintivo particular de la marca anterior a partir de pruebas relativas a otra marca. DOUE, C, núm. 223, de 30 de agosto de 2008.**
83. **Asuntos acumulados T-354/07 a T-356/07. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 26 de junio de 2008 - Pfizer/OAMI - Isdin (FOTOPROTECTOR ISDIN). Marca comunitaria - Solicitud de nulidad - Caducidad - Sobreseimiento. DOUE, C, núm. 223, de 30 de agosto de 2008.**
84. **Asunto T-451/07. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2008 - WellBiz/OAMI. Marca comunitaria - Oposición - Retirada de la oposición - Sobreseimiento. DOUE, C, núm. 223, de 30 de agosto de 2008.**

85. Asunto T-9/08. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 25 de junio de 2008 - Volkswagen/OAMI (Silueta de un coche con sus faros). Marca comunitaria - Renuncia al registro nacional - Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 223, de 30 de agosto de 2008.
86. Asunto T-48/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de septiembre de 2008 - Astex Therapeutics/OAMI - Protec Health International (astex TECHNOLOGY). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa astex TECHNOLOGY - Marca comunitaria denominativa anterior ASTEX - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Limitación de los productos designados en la solicitud de marca - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 272, de 25 de octubre de 2008.
87. Asunto T-96/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de septiembre de 2008 - Tsakiris-Mallas/OAMI - Late Editions (exē). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa exē - Marca nacional denominativa anterior EXE - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los productos y de los signos - Artículo 1, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 272, de 25 de octubre de 2008.
88. Asunto T-243/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de septiembre de 2008 - Promat/OAMI - Puertas Proma (PROMAT). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa PROMAT - Marca comunitaria figurativa anterior PROMA - Denegación parcial de registro - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 272, de 25 de octubre de 2008.
89. Asunto T-300/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de septiembre de 2008 - Promat/OAMI - Puertas Proma (Promat). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa Promat - Marca comunitaria figurativa anterior PROMA - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 272, de 25 de octubre de 2008.
90. Asunto T-325/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de septiembre de 2008 - Boston Scientific/OAMI - Terumo (CAPIO). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa CAPIO - Marca nacional denominativa anterior CAPIOX - Motivo relativo de denegación - Uso efectivo de la marca - Artículo 43, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 272, de 25 de octubre de 2008.
91. Asunto T-363/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de septiembre de 2008 - Honda Motor Europe/OAMI - Seat (MAGIC SEAT). Marca comunitaria - Procedimiento de oposi-

- ción - Solicitud de marca comunitaria denominativa MAGIC SEAT - Marca gráfica nacional anterior SEAT - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 272, de 25 de octubre de 2008.
92. Asunto T-106/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de septiembre de 2008 - Alcon/OAMI - *Acri.Tec (BioVisc). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa BioVisc - Marcas internacionales denominativas anteriores PROVISC y DUOVISC - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 272, de 25 de octubre de 2008.
93. Sentencia del Tribunal de la AELC, de 8 de julio de 2008, en los asuntos acumulados E-9/07 y E-10/07 entre L'Oréal Norge AS (asunto E-9/07 y asunto E-10/07); L'Oréal SA (asunto E-10/07) y Per Aarskog AS (asunto E-9/07); Nille AS (asunto E-9/07); Smart Club AS (asunto E-10/07). Agotamiento de los derechos de marca. *DOUE*, C, núm. 275, de 30 de octubre de 2008.
94. Asunto C-497/07 P. Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 27 de junio de 2008 - Philip Morris Products SA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Marca tridimensional que representa la forma de un paquete de cigarrillos - Denegación de registro. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.
95. Asunto T-248/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de septiembre de 2008 - UHP Usługi Polska/OAMI - Manpower (I.T.@MANPOWER). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca denominativa comunitaria I.T.@MANPOWER - Motivos de denegación absolutos - Carácter distintivo - Falta de carácter descriptivo - Inexistencia de signos o de indicaciones que se han convertido en habituales - Inexistencia de marca capaz de inducir a error al público - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) a *d*) y *g*), y artículo 51, apartado 1, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.
96. Asunto T-116/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de septiembre de 2008 - Oakley/OAMI - Venticinque (O STORE). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca comunitaria denominativa O STORE - Marca nacional denominativa anterior THE O STORE - Comparación de servicios prestados en el marco del comercio al por menor con los productos correspondientes - Motivo de denegación relativo - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Solicitud de modificación formulada por la interviniente - Artículo 134, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.

97. Asunto T-218/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2008 - Neurim Pharmaceuticals (1991)/OAMI - Eurim-Pharm Arzneimittel (Neurim PHARMACEUTICALS). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Neurim PHARMACEUTICALS - Marcas comunitaria y nacional denominativas anteriores EURIM-PHARM - Lengua del procedimiento de recurso - Plazos - Admisibilidad del recurso ante la Sala de Recurso - Principio de proporcionalidad - Prosecución del procedimiento - Restitutio in integrum - Artículos 59, 78 y 78 bis del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Regla 48, apartado 1, letra c), y apartado 2, regla 49, apartado 1, y regla 96, apartado 1, del Reglamento núm. 2868/95. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.
98. Asunto T-10/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2008 - FVB/OAMI - FVD (FVB). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa FVD - Marca denominativa nacional anterior FVD - Motivo relativo de denegación - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.
99. Asunto T-47/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de septiembre de 2008 - Ratiopharm/OAMI (BioGeneriX). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa BioGeneriX - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.
100. Asunto T-48/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de septiembre de 2008 - Ratiopharm/OAMI (BioGeneriX). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa BioGeneriX - Motivos de denegación absolutos - Carácter parcialmente descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.
101. Asunto T-179/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de septiembre de 2008 - Anvil Knitwear/OAMI - Aprile e Aprile (Aprile). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Aprile - Marca nacional denominativa anterior ANVIL - Motivo relativo de denegación - Inexistencia de riesgo de confusión - Obligación de motivación - Derecho de defensa - Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículos 73 y 74 del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.
102. Asunto T-226/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de septiembre de 2008 - Prana Haus/OAMI (PRANAHAUS). Marca comunitaria - Solicitud de marca denominativa comunitaria PRANAHAUS - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.

103. Asunto T-373/06. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 8 de septiembre de 2008 - Rath/OAMI - Grandel (Epican Forte). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa Epican Forte - Marca comunitaria denominativa anterior EPIGRAN - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Recurso que carece manifiestamente de todo fundamento jurídico. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.
104. Asunto T-374/06. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 8 de septiembre de 2008 - Rath/OAMI - Grandel (Epican). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa Epican - Marca comunitaria denominativa anterior EPIGRAN - Motivo relativo de denegación - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*) del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Recurso que carece manifiestamente de todo fundamento jurídico. *DOUE*, C, núm. 285, de 8 de noviembre de 2008.
105. C-514/06 P. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de septiembre de 2008 - Armacell Enterprise GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), nmc SA. Recurso de casación - Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa ARMAFOAM - Marca comunitaria anterior NOMAFOAM - Motivo de denegación relativo - Similitud de los signos - Existencia de un motivo de denegación relativo en una parte del territorio de la Comunidad Europea. *DOUE*, C, núm. 301, de 22 de noviembre de 2008.
106. Asunto C-144/07 P. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 2 de octubre de 2008 - K-Swiss, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 2868/95 - Plazo para recurrir ante el Tribunal de Primera Instancia - Resolución de la OAMI - Notificación por correo urgente - Cómputo del plazo para recurrir. *DOUE*, C, núm. 301, de 22 de noviembre de 2008.
107. Asuntos acumulados T-387/06 a T-390/06 Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de octubre de 2008 - Inter-Ikea Systems/OAMI (Representación de un pallet). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa un pallet - Motivo de denegación absoluto - Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 301, de 22 de noviembre de 2008.
108. Asunto T-224/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de octubre de 2008 - Imperial Chemical Industries plc/OAMI (LIGHT & SPACE). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa LIGHT & SPACE - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 301, de 22 de noviembre de 2008.

109. Asunto T-294/07. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 25 de septiembre de 2008 - Stepek/OAMI - Masters Golf Company (GOLF-FASHION MASTERS THE CHOICE TO WIN). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de la marca comunitaria figurativa GOLF-FASHION MASTERS THE CHOICE TO WIN - Marca nacional figurativa anterior The Masters y marca comunitaria figurativa anterior The Masters GOLF COMPANY - Retirada del recurso interpuesto ante la Sala de Recurso - Gastos incurridos ante la Sala de Recurso. *DOUE*, C, núm. 301, de 22 de noviembre de 2008.
110. Asunto T-405/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de octubre de 2008 - Powerserv Personalservice/OAMI - Manpower (MANPOWER). Marca comunitaria - Procedimiento de anulación - Marca comunitaria denominativa MANPOWER - Motivos de denegación absolutos - Carácter descriptivo - Modificación parcial - Carácter distintivo adquirido como consecuencia del uso - Artículo 7, apartado 1, letra c), artículo 51, apartados 1 y 2, y artículo 63, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 313, de 6 de diciembre de 2008.
111. Asunto T-73/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de octubre de 2008 - Cassegrain/OAMI (Forma de un bolso). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria figurativa - Forma de un bolso - Motivo absoluto de denegación - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 313, de 6 de diciembre de 2008.
112. Asunto T-133/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2008 - TIM y TTV/OAMI - Past perfect (PAST PERFECT). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca comunitaria denominativa PAST PERFECT - Desestimación de la solicitud de nulidad - Artículo 7, apartado 1, letras b), c) y d) del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 7, apartado 2, de dicho Reglamento. *DOUE*, C, núm. 313, de 6 de diciembre de 2008.
113. Asunto T-158/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 23 de octubre de 2008 - Adobe/OAMI (FLEX). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa FLEX - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 313, de 6 de diciembre de 2008.
114. Asunto T-230/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de octubre de 2008 - Rewe-Zentral/OAMI (PORT LOUIS). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa PORT LOUIS - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Designación de la procedencia geográfica de los productos reivindicados - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 313, de 6 de diciembre de 2008.
115. Asuntos acumulados T-305/06 a T-307/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de octubre de 2008 - Air Products and Chemicals/OAMI - Messer (Ferromix, Inomix y Alumix). Marca

- comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitudes de marcas comunitarias denominativas Ferromix, Inomix y Alumix - Marcas comunitarias denominativas anteriores FERROMAXX, INOMAXX Y ALUMAXX - Motivo relativo de denegación - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 313, de 6 de diciembre de 2008.
116. Asunto T-95/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de octubre de 2008 - Aventis Pharma/OAMI - Nycomed (Prazol). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa PRAZOL - Marca nacional denominativa anterior PREZAL - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 313, de 6 de diciembre de 2008.
117. Asunto T-297/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de octubre de 2008 - TridonicAtco/OAMI (Intelligent Voltage Guard). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria figurativa Intelligent Voltage Guard - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 313, de 6 de diciembre de 2008.
118. Asunto T-380/07. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 6 de octubre de 2008 - Kaloudis/OAMI - Fédération française de tennis (RolandGarros SPORTSWEAR). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa RolandGarros SPORTSWEAR - Marca nacional denominativa anterior Roland Garros - Abono extemporáneo de la tasa de recurso - Decisión de la Sala de Recurso por la que se declara el recurso no presentado. *DOUE*, C, núm. 313, de 6 de diciembre de 2008.
119. Asunto T-256/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de noviembre de 2008 - Neoperl Servisys/OAMI (HONEYCOMB). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa HONEYCOMB - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 327, de 20 de diciembre de 2008.
120. Asunto T-161/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de noviembre de 2008 - Group Lottuss/OAMI - Ugly (COYOTE UGLY). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa COYOTE UGLY - Marca comunitaria denominativa anterior COYOTE UGLY - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 327, de 20 de diciembre de 2008.
121. Asunto T-304/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de noviembre de 2008 - Calzaturificio Frau/OAMI - Camper (Representación de un arco estilizado con superficie rellena). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de

- marca comunitaria figurativa que representa un arco estilizado con superficie rellena - Marca comunitaria figurativa anterior que representa un arco estilizado - Motivo relativo de denegación - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 327, de 20 de diciembre de 2008.
122. Asunto T-166/06. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 29 de septiembre de 2008 - Powderject Research/OAMI (POWDERMED). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa POWDERMED - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 327, de 20 de diciembre de 2008.
123. Asunto T-7/04. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de noviembre de 2008 - Shaker/OAMI - Limiñana y Botella (Limoncello della Costiera Amalfitana shaker). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Limoncello della Costiera Amalfitana shaker - Marca nacional denominativa anterior LIMONCHELO - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Recurso de casación - Devolución de los autos por el Tribunal de Justicia. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
124. Asunto T-210/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de noviembre de 2008 - Nalocebar/OAMI - Limiñana y Botella (Limoncello di Capri). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Limoncello di Capri - Marca nacional denominativa anterior LIMONCHELO - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
125. Asunto T-187/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de noviembre de 2008 - Schröder/OCVV (SUMCOL 01). Protección comunitaria de las obtenciones vegetales - Variedad vegetal SUMCOL 01 - Denegación de la solicitud de protección comunitaria - Falta de carácter distintivo de la variedad candidata. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
126. Asunto T-269/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de noviembre de 2008 - Rautaruukki Oyj/OAMI (RAUTARUUKKI). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa RAUTARUUKKI - Motivos de denegación absolutos - Carácter descriptivo - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), y artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Proposición de prueba. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
127. Asunto T-270/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de noviembre de 2008 - Lego Juris/OAMI - Mega Brands (Bloque de Lego rojo). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria tridimensional - Bloque de Lego rojo - Motivo de

- denegación absoluto - Signo constituido exclusivamente por la forma del producto necesaria para la obtención de un resultado técnico - Artículo 7, apartado 1, letra e), inciso ii), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Proposición de prueba. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
128. Asunto T-315/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de noviembre de 2008 - Ercros/OAMI - Degussa (TAI CROS). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca figurativa comunitaria TAI CROS - Marcas denominativas nacionales anteriores CROS, SOCIEDAD ANÓNIMA CROS y ERCROS - Marcas figurativas nacionales anteriores CROS - Motivo relativo de denegación - Inexistencia de riesgo de confusión - Inexistencia de similitud entre los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
129. Asunto T-6/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de noviembre de 2008 - Galderma/OAMI - Lelas (Nanolat). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa Nanolat - Marca nacional denominativa anterior TANNOLACT - Inexistencia de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
130. Asunto T-87/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de noviembre de 2008 - Scil proteins/OAMI - Indena (affilene). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca gráfica comunitaria affilene - Marca denominativa comunitaria anterior AFFILIN - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los productos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
131. Asunto T-242/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de noviembre de 2008 - Weiler/OAMI - IQNet Association - The International Certification Network (Q2WEB). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca denominativa comunitaria Q2WEB - Marca denominativa comunitaria anterior QWEB y marca figurativa comunitaria anterior QWEB Certified Site - Motivo relativo de denegación - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
132. Asunto T-281/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de noviembre de 2008 - Ecoblue/OAMI - Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (Ecoblue). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de la marca comunitaria denominativa Ecoblue - Marca comunitaria denominativa anterior BLUE - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.

133. Asunto T-325/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de noviembre de 2008 - Caisse fédérale du Crédit mutuel Centre-Est Europe/OAMI (SURFCARD). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa SURFCARD - Motivo de denegación absoluto - Carácter distintivo parcial - Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
134. Asunto T-346/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de noviembre de 2008 - Duro Sweden/OAMI (EASYCOVER). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa EASYCOVER - Motivos de denegación absolutos - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
135. Asunto T-373/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de noviembre de 2008 - EOS/OAMI (PrimeCast). Marca comunitaria - Solicitud de registro de la marca comunitaria denominativa PrimeCast - Motivos de denegación absolutos - Carácter descriptivo - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letras *b*) y *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
136. Asunto T-400/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de noviembre de 2008 - GretagMacbeth/OAMI (Combinación de 24 cuadrados de colores). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria de color - Combinación de 24 cuadrados de colores - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 6, de 10 de enero de 2009.
137. Asunto C-252/07. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 27 de noviembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal, England & Wales, Civil Division - Reino Unido. - Intel Corporation Inc./Cpm United Kingdom Limited (Directiva 89/104/CEE - Marcas - Artículo 4, apartado 4, letra *a*) - Marcas de renombre - Protección contra el uso de una marca posterior idéntica o similar - Uso con el que se obtiene o se pretende obtener una ventaja desleal del carácter distintivo o del renombre de la marca anterior o bien se causa o se puede causar perjuicio a los mismos. *DOUE*, C, núm. 19, de 24 de enero de 2009.
138. Asunto T-100/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de noviembre de 2008. Rajani/OAMI - Artoz-Papier (ATOZ). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa ATOZ - Marca internacional denominativa anterior ARTOZ - Inexistencia de obligación de aportar la prueba de un uso efectivo - Inicio del cómputo del plazo de cinco años - Fecha de registro de la marca anterior - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento núm. 40/94 - Obligación de motivación - Artículos 73 y 79 del

- Reglamento núm. 40/94 y artículo 6 de la CEDH. DOUE, C, núm. 19, de 24 de enero de 2009.**
139. **Asunto T-67/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de diciembre de 2008 - Ford Motor Co./OAMI. Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa FUN - Motivos de denegación absolutos - Inexistencia de carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 19, de 24 de enero de 2009.**
 140. **Asunto T-184/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de noviembre de 2008 - Avon Products/OAMI (ANEW ALTERNATIVE). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa ANEW ALTERNATIVE - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 19, de 24 de enero de 2009.**
 141. **Asunto T-212/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de diciembre de 2008 - Harman International Industries/OAMI. Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa Barbara Becker - Marca comunitaria denominativa anterior BECKER - Motivo relativo de denegación - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 19, de 24 de enero de 2009.**
 142. **Asunto T-275/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de diciembre de 2008 - Ebro Puleva/OAMI - Berenguel (BRILLO'S). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa BRILLO'S - Marcas nacionales figurativas anteriores que contienen el elemento denominativo «brillante» - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Similitud de los signos - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 19, de 24 de enero de 2009.**
 143. **Asunto T-435/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 26 de noviembre de 2008 - New Look/OAMI (NEW LOOK). Marca comunitaria - Solicitud de marca denominativa comunitaria NEW LOOK - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter distintivo adquirido por el uso - Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. DOUE, C, núm. 19, de 24 de enero de 2009.**
 144. **Asunto T-163/07. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 2008 - SC Gerovital Cosmetics/OAMI - SC Farmec (GEROVITAL H3 Prof. Dr. A. Aslan). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Retirada de la solicitud de nulidad - Sobreseimiento. DOUE, C, núm. 19, de 24 de enero de 2009.**
 145. **Asunto C-57/08 P. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de diciembre de 2008. Gateway, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Fujitsu Siemens Computers GmbH. Recurso de casación - Marca comu-**

- nitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículo 8, apartados 1, letra b), y 5 - Marcas anteriores que incluyen el signo denominativo «GATEWAY» - Signo denominativo «ACTIVY Media Gateway» - Falta de similitud entre los signos - Inexistencia de riesgo de confusión - Consideración de la notoriedad de marcas anteriores a la hora de la apreciación global de los signos en conflicto. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
146. Asunto T-462/05. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de diciembre de 2008 - JTEKT/OAMI (IFS). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria denominativa IFS - Motivo de denegación absoluto - Falta de carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
147. Asunto T-90/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de diciembre de 2008 - Tomorrow Focus/OAMI - Information Builders (Tomorrow Focus). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa Tomorrow Focus - Marca comunitaria figurativa anterior FOCUS - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
148. Asuntos acumulados T-225/06, T-255/06, T-257/06 y T-309/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2008 - Budějovický Budvar/OAMI - Anheuser-Busch (BUD). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitudes de marcas comunitarias denominativa y figurativa BUD - Denominaciones «bud» - Motivos de denegación relativos - Artículo 8, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
149. Asunto T-228/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de diciembre de 2008 - Giorgio Beverly Hills/OAMI (GIORGIO BEVERLY HILLS). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa GIORGIO BEVERLY HILLS - Marca nacional denominativa anterior GIORGIO - Motivo de denegación relativo - Ausencia de riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
150. Asunto T-259/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2008 - Torres/OAMI - Navisa Industrial Vinícola Española (MANSO DE VELASCO). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa MANSO DE VELASCO - Marca nacional denominativa anterior VELASCO - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
151. Asunto T-365/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de diciembre de 2008 - Bateaux Mouches/OAMI - Castanet (BATEAUX MOUCHES). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca comunitaria denominativa BATEAUX MOUCHES - Motivos de denegación absolutos - Falta de carácter

- distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra *b*), y artículo 51, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Falta de carácter distintivo adquirido por el uso - Artículo 7, apartado 3, y artículo 51, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
152. Asunto T-412/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de diciembre de 2008 - Vitro Corporativo/OAMI - VKR Holding (Vitro). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de la marca comunitaria figurativa Vitro - Marca comunitaria denominativa anterior VITRAL - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
153. Asunto T-86/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2008 - Deichmann-Schuhe/OAMI - Design for Woman (DEITECH). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa DEITECH - Marcas nacional e internacional figurativas anteriores DEI-tex - Motivo de denegación relativo - Uso efectivo de la marca anterior - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
154. Asunto T-101/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de diciembre de 2008 - Dada/OAMI - Dada (DADA). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa DADA - Marca nacional denominativa anterior DADA - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Uso efectivo de la marca anterior - Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
155. Asunto T-136/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de diciembre de 2008 - Colgate-Palmolive/OAMI - CMS Hasche Sigle (VISIBLE WHITE). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca denominativa comunitaria VISIBLE WHITE - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
156. Asunto T-290/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de diciembre de 2008 - MIP Metro/OAMI - Metronia (METRONIA). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa METRONIA - Marca nacional figurativa anterior METRO - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
157. Asunto T-295/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de diciembre de 2008 - Vitro Corporativo/OAMI - VKR Holding (Vitro). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de la marca comunitaria figurativa Vitro - Marca comunitaria denominativa anterior VITRAL - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del

- Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
158. Asunto T-335/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2008 - Mergel y otros/OAMI (Patentconsult). Marca comunitaria - Solicitud de la marca comunitaria denominativa Patentconsult - Motivo de denegación absoluto - Carácter descriptivo - Artículo 7, apartado 1, letra *c*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
159. Asunto T-351/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 2008 - Somm/OAMI (Tejadillo para dar sombra). Marca comunitaria - Solicitud de marca comunitaria tridimensional - Tejadillo para dar sombra - Motivos de denegación absolutos - Inexistencia de carácter distintivo - Artículo 7, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Inexistencia de carácter distintivo adquirido por el uso - Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
160. Asunto T-357/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2008 - Focus Magazin Verlag/OAMI - Editorial Planeta (FOCUS Radio). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa FOCUS Radio - Marcas nacionales denominativas anteriores FOCUS MILENIUM - Motivo de denegación relativo - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.
161. Asunto C-16/06 P. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de diciembre de 2008. Les Éditions Albert René SARL/ Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Orange A/S. Recurso de casación - Marca comunitaria - Reglamento (CE) núm. 40/94 - Artículos 8 y 63 - Marca denominativa MOBILIX - Oposición del titular de la marca denominativa comunitaria y nacional OBELIX - Desestimación parcial de la oposición - Reformatio in peius - Teoría denominada «de neutralización» - Modificación del objeto del litigio - Documentos presentados como anexo a la demanda ante el Tribunal de Primera Instancia como nueva prueba. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.
162. Asunto C-442/07. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 9 de diciembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por Oberster Patent- und Markensenat (Austria). Verein Radetzky-Orden/Bundesvereinigung Kameradschaft «Feldmarschall Radetzky». Marcas - Directiva 89/104/CEE - Artículo 12 - Caducidad - Signos registrados por una asociación sin ánimo de lucro - Concepto de «uso efectivo» de una marca - Actividades caritativas. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.
163. Asunto T-285/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008 - Torres/OAMI - Bodegas Cándido (TORRE DE FRÍAS). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa TORRE DE FRÍAS - Marcas nacionales e internacionales denominativas

- anteriores TORRES y LAS TORRES - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.
164. Asunto T-286/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008 - Torres/OAMI - Vinícola de Tomelloso (TORRE DE GAZATE). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa TORRE DE GAZATE - Marcas nacionales e internacionales denominativas anteriores TORRES y LAS TORRES - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.
165. Asunto T-287/06. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008 - Torres/OAMI - Bodegas Peñalba López (Torre Albéniz). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa Torre Albéniz - Marca comunitaria figurativa anterior TORRES - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.
166. Asunto T-8/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008 - Torres/OAMI - Gala-Salvador Dalí (TG Torre Galatea). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria figurativa TG Torre Galatea - Marca comunitaria denominativa anterior TORRES 10 - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.
167. Asunto T-16/07. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2008 - Torres/OAMI - Sociedad Cooperativa del Campo San Ginés (TORRE DE BENÍTEZ). Marca comunitaria - Procedimiento de oposición - Solicitud de marca comunitaria denominativa TORRE DE BENÍTEZ - Marcas anteriores nacionales, comunitarias e internacionales, denominativas y figurativas, que evocan una pluralidad de torres - Motivo de denegación relativo - Inexistencia de riesgo de confusión. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.
168. Asunto T-169/07. Auto del Tribunal de Primera Instancia de 2 de diciembre de 2008 - Longevity Health Products/OAMI - Hennig Arzneimittel (Cellutrim). Marca comunitaria - Procedimiento de nulidad - Marca denominativa comunitaria Cellutrim - Marca nacional denominativa anterior Cellidrin - Riesgo de confusión - Artículo 8, apartado 1, letra *b*), del Reglamento (CE) núm. 40/94 - Recurso en parte manifiestamente inadmisibles y en parte carente manifiestamente de fundamento jurídico alguno. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

169. Asunto C-549/07. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Handelsgericht Wien (Austria). Friedrike Wallentin-

Hermann/Alitalia - Linee Aeree Italiane SpA. Transporte aéreo - Reglamento (CE) núm. 261/2004 - Artículo 5 - Compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de cancelación de un vuelo - Exención de la obligación de indemnizar - Cancelación debida a circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado ni siquiera si se hubieran tomado todas las medidas razonables. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.

RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

170. **Asunto C-330/08. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 11 de diciembre de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas/República Francesa. Incumplimiento de Estado - Directiva 2004/35/CE - Responsabilidad medioambiental - Prevención y reparación de daños medioambientales - No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 32, de 7 de febrero de 2009.**
171. **Asunto C-328/08. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 22 de diciembre de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas/República de Finlandia. Incumplimiento de Estado - Directiva 2004/35/CE - Responsabilidad medioambiental - No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.**

SOCIEDAD COOPERATIVA EUROPEA

172. **Asunto C-70/08. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 9 de octubre de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas/Gran Ducado de Luxemburgo. Incumplimiento de Estado - Directiva 2003/72/CE - Estatuto de la sociedad cooperativa europea - Implicación de los trabajadores en el proceso de adopción de decisiones de la sociedad - No adaptación del Derecho interno en el plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 301, de 22 de noviembre de 2008.**

SOCIEDADES

173. **Asunto C-210/06. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008. Petición de decisión prejudicial planteada por el Szegedi Ítéletábla (República de Hungría). Procedimiento relativo a Cartesio Oktató és Szolgáltató Bt. Traslado del domicilio de una sociedad a un Estado distinto del Estado de su constitución - Solicitud de modificación de la mención relativa al domicilio en el registro mercantil - Denegación - Recurso de apelación contra una resolución de un tribunal competente para la llevanza del registro mercantil - Artículo 234 CE - Remisión prejudicial - Admisibilidad - Concepto de «órgano jurisdiccional» - Concepto de «órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno» - Recurso de apelación contra una resolución que acuerda una remisión prejudicial - Facultad del juez de apelación de anular esa**

resolución - Libertad de establecimiento - Artículos 43 CE y 48 CE. *DOUE*, C. núm. 44, de 21 de febrero de 2009.

174. **Asunto C-338/06. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de diciembre de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España. Incumplimiento de Estado - Directiva 77/91/CEE - Artículos 29 y 42 - Sociedades anónimas - Aumento de capital - Derecho de suscripción preferente de acciones y obligaciones convertibles - Supresión - Protección de los accionistas - Igualdad de trato. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.**
175. **Asunto C-161/07. Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2008 - Comisión de las Comunidades Europeas/República de Austria. Incumplimiento de Estado - Artículo 43 CE - Normativa nacional que establece los requisitos para la inscripción de las sociedades a petición de los nacionales de los nuevos Estados miembros - Procedimiento de determinación de la condición de autónomo. *DOUE*, C, núm. 44, de 21 de febrero de 2009.**

BIBLIOGRAFÍA

Libros

GÓMEZ CAMPELLO, Esther/VALBUENA GONZÁLEZ, Félix (coords.): *Igualdad de género una visión jurídica plural. Jornadas Igualdad Efectiva: Realidad o Ficción*, ed. Universidad de Burgos, Burgos, 2008, 310 pp.

Este libro contiene una serie de trabajos de profesores universitarios, todos ellos referidos a la igualdad de género. Su origen se encuentra en unas jornadas celebradas en la Universidad de Burgos, en marzo de 2008. En él se analiza, desde múltiples perspectivas, la problemática de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Comienza con una visión histórico-filosófica de la materia, que va seguida de un análisis constitucional. Continúa con las implicaciones jurídicas del derecho a la igualdad en el derecho laboral y penal. Luego considera los aspectos de derecho privado y derecho público relacionados con la contratación. Prosigue con la consideración de las garantías de carácter administrativo y judicial. Y concluye con la exposición de las medidas adoptadas en la Unión Europea y el tratamiento del problema en la Comunidad autónoma de Castilla y León, en la que se desarrollaron las jornadas y a la que pertenece la universidad que las promovió. El objeto de este libro, como puede apreciarse, es bastante amplio. Responde a una loable preocupación de algunos universitarios por debatir los temas de máxima actualidad, como es, sin duda, el tema al que se consagra este libro.

De todas las aportaciones que contiene, la que más directamente toca al campo de especialización del Anuario de Derecho Civil es el trabajo de la profesora María Paz García Rubio, que lleva por título «De nuevo sobre la incidencia del principio de no discriminación por razón de sexo en la contratación privada».

La publicación de esta autora se centra en los preceptos de la LO 3/2007 relacionados directamente con la contratación civil y mercantil. Trata, particularmente, de los remedios de derecho privado que esta Ley proporciona a quien sufra discriminación, por razón del género, en el acceso a bienes o servicios. La profesora García Rubio identifica algunos puntos oscuros de la Ley, que suscitan dudas en el momento de su aplicación. Al estudiar los remedios jurídicos contra la discriminación, utiliza una técnica precisa que emplea rigurosamente la dogmática jurídica previa correspondiente al derecho de la contratación. Ése es, sin duda, el reto que plantea la aplicación de la LO 3/2007, especialmente en el ámbito del derecho privado: insertar sus mandatos, rigurosamente, en la dogmática de este sector del ordenamiento. Concretar, por ejemplo, el alcance exacto jurídico de sus previsiones de nulidad o de responsabilidad. Sólo así será posible que se cumpla con efectividad y seguridad jurídica la función de esta Ley.

LEGERÉN, Antonio: La partición conjunta en el Derecho gallego, Universidade da Coruña, Servicio de publicaciones. 2007, 364 pp.

Abundantes circunstancias han dirigido la atención hacia el libro que ahora presento. Entre ellas, figura en el plano personal la grata estancia en Galicia en época en que prestaba mis servicios académicos en la Universidad de Santiago de Compostela. Allí pude comprobar la finura con que se debatían por ilustres especialistas los contrastes con el Código civil relativos a la legítima y mejora enlazados a las partijas. Antes pasaron años de trabajo intenso compartidos con el profesor doctor Miguel Ángel Pérez que actualmente desempeña la cátedra de Derecho civil en la Universidad de A Coruña, director de la tesis doctoral que relanzó por la ruta universitaria al autor de esta monografía. Pero, sobre todo, porque es un libro bueno, que cuenta con el atractivo que producen las cosas nuevas.

La partición conjunta constituye una de las novedades más salientes en Derecho gallego, regulada definitivamente en la *Lei de Dereito Civil de Galicia* de 14 de junio de 2006. Permite que los cónyuges acuerden la manera de distribuir sus herencias y dejar previsto ya en vida el ulterior estatuto jurídico de los bienes relictos con la transformación de las participaciones abstractas en titularidades concretas. A partir de este amplio margen de libertad dispositiva se regula la opción de dejar en conjunto los bienes organizados en una sola masa patrimonial (partilla conjunta con objeto unitario), o prever en un mismo documento la separación de patrimonios, de manera que los bienes de cada uno de los cónyuges sigan manteniendo cuando pasan sus vidas independencia (partición conjunta con objeto separado). Del alcance de esta importante novedad se ocupa el libro en comentario.

La impresión general del libro es que logra unir al interés práctico de la materia la calidad de un estudio cuidado y detallado. Aunque se refiere al Derecho civil de Galicia las sugerencias sobre aspectos concretos de la libertad dispositiva son valiosas para otras regiones tanto en el ámbito doctrinal como en sus aplicaciones prácticas. No son ciertamente menores en otros lugares los cuidados de evitar conflictos familiares a que puede dar lugar la etapa final de la herencia. Como advierte el autor la partición judicial no es un remedio, porque no hay acuerdo, sino medio de resolver el conflicto ocasionado por su ausencia. No es casual que en este trabajo se haga una «breve alusión» a la partición judicial en el capítulo primero, p. 87, y una referencia final en relación con el principio del favor partitionis, p. 300

En el plano doctrinal, o si se quiere, teórico presenta rasgos comunes con la partición hecha por el propio testador regulada en el Código civil, pero a estos rasgos añade la ventaja (con carácter determinativo) de ser no sólo prevista en vida sino además conjunta.

A primera vista surgen posibles dificultades de comprensión con las que pueden tropezar quienes están habituados al empleo de categorías diferentes en las formas de testar y limitaciones en el testamento. Sirve de ejemplo cómo configurar jurídicamente el título sucesorio por el que se establece el contenido, su función como acto *inter vivos* con eficacia *post mortem*, y cómo fijar el estatuto final de los bienes en tránsito hacia otros patrimonios, de los intervinientes o no.

El autor presenta en este estudio la sucesión en el itinerario previsto en el acuerdo conjunto con un exquisito cuidado de los pormenores, sin perder de vista en ningún momento la justificación y utilidad. Con labor de artesanía jurídica acredita la obra que se encuentra en manos de un buen jurista

que conoce de cerca el entorno económico social en que la normativa se aplica. Con la libertad que da ese conocimiento directo del Derecho vivo y vigente se permite el autor la valoración crítica de algunos aspectos con la propuesta de juiciosas correcciones.

Dentro de este marco general la presentación del libro en comentario puede limitarse ya a un breve resumen de los aspectos más salientes. Bastaría con detenerse en los pilares de la sucesión hereditaria como proceso en el cual se concentran el título hábil dispositivo, el desplazamiento de los bienes dispuestos y los canales de distribución por el que discurren las correlativas titularidades.

El autor estructura la composición del libro de manera ajustada a la exégesis de la nueva normativa, pero sustancialmente se sustenta en dichos pilares. Efectivamente, la sistemática del libro distribuye la materia en siete capítulos pero se orienta en torno a tres núcleos principales: el acto dispositivo, la comunidad hereditaria y el acto de distribución con los llamamientos entre los destinatarios: En definitiva, la respuesta pormenorizada a las preguntas qué es la partición, en qué consiste la partición conjunta, qué eficacia y qué medidas se arbitran frente a la ineficacia.

En primer lugar, como centro de atención dedica una amplia referencia al acto dispositivo que sirve como presupuesto de la partición conforme a su naturaleza, características y clases, con un análisis comparativo con el régimen jurídico que recibe en el Código civil. No se trata de repetir conceptos ya conocidos sino de facilitar la comprensión de lo que tiene de específico el Derecho de Galicia. La «naturaleza» de la partición, ya sea conjunta y unitaria o conjunta con objeto separado, permite saber lo que es: «qué es la partición y cuáles son sus notas características», que el autor logra comunicar sin prodigarse. Explica la partición como la manera más frecuente de impedir o poner fin a la comunidad hereditaria que ordinariamente surge tras el fallecimiento del causante, lo que sirve para aclarar el significado de la partición como acto jurídico patrimonial. La partición de la herencia, dice, es en esencia un acto distributivo. El acto dispositivo (llamados y porciones), y el acto partitivo están interrelacionados. Media entre ellos una relación de accesoriadad, de carácter causal, de manera que la nulidad del acto dispositivo arrastra la partición.

Seguidamente, con este enfoque, se adentra en las atribuciones y la función dispositiva de las cláusulas más frecuentes, las incorporadas a ese acto jurídico básico que contiene la partición, examen a que dedica el capítulo V (pp. 211 a 260).

Finaliza el estudio con una minuciosa exposición de problemas concretos agrupados en lo que llama «perspectiva dinámica» que abarca los modos de revocación y eficacia de la partición conjunta (capítulo VI, pp. 263-291), lo que ocurre cuando los planes se frustran o intervienen circunstancias o causas que motivan la posible ineficacia (vicios y medios de impugnación de la partición conjunta (p. 328). A este elenco de cuestiones acompaña los posibles remedios valorando los previstos a la luz de principios generales de Derecho y del ordenamiento jurídico gallego y se sirve de cláusulas generales y mecanismos de integración, el *favor testamenti*, *favor partitionis* y en atención a su carácter de «principio marco» en esta materia la buena fe. Como ya se dijo, la partición judicial no es remedio –porque no hay acuerdo– sino un medio, precisamente el último recurso. En este marco, que pudiéramos considerar clásico, se expande el autor en

la glosa de las particularidades en cada tipo de formas o modalidades admitidas en Galicia.

En la elaboración de este estudio el autor emplea como instrumentos, con planteamiento realista, los criterios de interpretación de la ley, del acto jurídico, de las cláusulas particionales con una encomiable claridad y precisión, sin dejarse llevar por la «fantasía de los intérpretes». Precisamente esa guía segura le permite valorar críticamente aspectos que delimita previamente como problemáticos en su aplicación.

El hilo conductor de la monografía es el fundamento de la institución en que se despliega el Derecho sucesorio en un panorama acorde con las actuales exigencias de la sociedad y del sistema económico en el entorno de Galicia. La seguridad y eficacia de la transmisión del patrimonio familiar, que no difiere en otros lugares, ofrece el interés de advertir matices y distinguos expuestos con acierto y sencillez, sin apretados dogmatismos ni perderse en vaguedades. A lo largo del estudio se pone de manifiesto que sus agudos análisis denotan conocimientos sobre la materia que exceden con mucho la medida de los que en la monografía emplea. Se desprende de su lectura que el autor no dice todo lo que sabe pero cuenta con ello, y sabe muy bien en cada caso por qué lo dice así. Deja para el final de cada exposición, precisando un poco más, la correspondiente conclusión. Indirectamente es un elogio a la genuina compostura del razonamiento galaico, la virtud de no decir sino lo que en cada caso conviene decir.

Las apreciaciones hasta aquí expuestas se confirman a lo largo del trabajo. Sirven de ejemplo sus argumentos al enfrentarse con cuestiones de suyo espinosas como disponer por acto *inter vivos* de la legítima, la posición del tercero y las circunstancias que sobrevienen al pacto, la adhesión *ex post* de los interesados y los que se oponen o no quieren participar.

Las posibles soluciones atienden siempre a los presupuestos fácticos, reconocer el pacto, reconocer su función social, respetar el principio de relatividad con la flexibilidad de lo accesorio o instrumental.

De la lectura atenta de este libro me parece obligado destacar aspectos referentes al estudio de la institución sobre que versa, sobre el estilo investigador del autor y las maneras en que el trabajo se realiza.

En relación al estudio, entiendo que el método seguido para explayar un problema que hoy se presenta con actualidad y escenario amplio es el más adecuado. Partir de las fuentes del Derecho privativo y analizar su Derecho supletorio en la doble vertiente de integración (hacia dentro) y de posible ruta (hacia fuera), en direcciones afines a través de los medios que indirectamente llegan a resultados análogos. El pluralismo enriquece las soluciones salvando las distancias, como la admisión del testamento mancomunado y los pactos sucesorios de difícil encaje en el Código Civil por el cerrado carácter personalista del testamento y la prevención ante los pactos sucesorios.

Retomando lo ya dicho el libro está estructurado con base en la correlación entre el acto dispositivo formalizado en el documento conjunto, como título hábil, y la partición, en sus modalidades unitaria o separada. El engraje o engranaje entre el acto dispositivo y el acto de distribución permite al autor un acertado examen del juego de la accesoriedad, entre el rigor de la nulidad a efectos de extinción, y la flexibilidad de pactos para la oportuna modificación. Tal correlato es importante en sistemas no cerrados donde las circunstancias de un título se reunirán en otro. El sello especial es la función dispositiva: en el acto entero se encuentra el sentido de cada cláusula.

Considero como mérito indudable del autor no caer en el error de despreciar la naturaleza de las instituciones sin incurrir por ello en los excesos del dogmatismo. Su «naturaleza» permite comprender aquello que realmente constituye la razón de ser, y en la materia tratada la función dispositiva de las cláusulas. El autor reúne la virtud de adentrarse en los problemas sin salirse de las cosas ni tergiversar los casos. Acude con frecuencia al grado de interpretación teleológico como primario para descubrir el significado útil entre las acepciones posibles y en razón a la variedad de los supuestos y circunstancias. En esta línea preceden al estudio particular de lo tratado en cada capítulo unas ideas previas o preliminares que dan luz abundante sobre el *status quaestionis*. La misma Introducción con la que comienza cuenta con un Preliminar en que el autor explica las principales novedades del Derecho gallego debidas a la gran utilidad de la «partija conjunta»

Y para terminar, unas líneas dedicadas a la manera en que se realiza el trabajo que refleja un trasunto de equipo en el que el autor se siente. Desde el primer momento se van descubriendo esas cualidades dominantes de quien fue en su día director de la tesis doctoral y hoy prologa el libro en comentario. En el conciso pero expresivo prólogo nos dice que corresponde al lector valorar los resultados del trabajo. Esa forma natural del profesor Pérez Álvarez dechado en el arte de contar con el matiz para sin dejar escapar detalles aligerar lo general. En la tradición más viva la tarea universitaria se basa en descubrir nuevos aspectos con mayor intensidad sabiendo que al final de toda solución en derecho, si realmente lo es, lleva impresa el sello de la justicia.

El elenco de bibliografía citada –y la no citada pero consultada que recoge a lo largo de la exposición– es minucioso, y las resoluciones del Tribunal Supremo y de la Dirección General de los Registros tan abundantes como analizados sus pormenores. Como es natural anteriores a la publicación de la Ley que motiva el libro en comentario. En definitiva, como lector ¡qué diré más! para valorar un trabajo bien hecho.

José Antonio DORAL GARCÍA
Catedrático de Derecho Civil

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: *El concepto de matrimonio en el Código Civil*, ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2008, 222 pp.

Las Leyes 13/2005 y 15/2005, más que resolver (siempre provisionalmente) la cuestión del concepto de matrimonio en nuestro Ordenamiento jurídico, hacen que deba ser planteada (*rectius replanteada*), con mayor urgencia: hemos pasado en pocos lustros de una configuración legal del matrimonio a otra por completo antagónica (no simplemente distinta), aunque curiosamente se mantiene la misma idea de que ese modelo legal es único e inmodificable por la voluntad de los particulares.

Dichas leyes transparentan una antropología y una visión de las relaciones entre los sexos que están lejos de ser neutrales, o puramente técnicas. Por eso, otras miradas, otros planteamientos son estrictamente necesarios, si se quiere valorar adecuadamente estas reformas, y calibrar su alcance. Otras miradas y otros planteamientos que responden (como es el caso de la reflejada en el libro del prof. Martínez Vázquez de Castro) a bases antropológicas filosóficamente tan firmes e ideológicamente tan legítimas, cuando

menos, como las que sustentan las leyes reformadoras; y muy probablemente más. Cerrarse a estos planteamientos alternativos esgrimiendo un positivismo de corto alcance es metodológicamente empobrecedor, y acaba desembocando en la negación de la toda posibilidad de crítica y mejora de las leyes, por razones que vayan más allá de lo puramente técnico. Por eso libros como el del prof. Martínez Vázquez de Castro deben ser bienvenidos, y son importantes, en la medida en que plantean razonadamente esas otras miradas, y aportan materiales, datos y argumentos para un debate que apenas está abierto.

Es cierto que, si se me permite la expresión, no es un libro «políticamente correcto». Basta, en este sentido, leer algunas de las conclusiones a las que llega. Por ejemplo, las relativas a la vacuidad del concepto legal de matrimonio (pp. 96 ss.). O, por citar otro ejemplo, las consideraciones acerca de la incidencia del principio de protección del menor en relación con el divorcio (pp. 48 ss.). Y es de agradecer que el autor haya ido más allá de la corrección política, como es de agradecer que haya ido más allá de normativismo positivista.

El libro está dividido en cinco capítulos. Los dos primeros («Prólogo» y «El contexto cultural occidental») son más bien de carácter introductorio; sirven al autor para resaltar sus preocupaciones y objetivos, y para poner de relieve cuál es en su opinión el contexto en que se desenvuelve actualmente el Derecho de Familia. En este punto me parece especialmente importante, desde el punto de vista metodológico, la opción por la interdisciplinariedad, que en este campo me parece imprescindible. Sobre esto, me gustaría hacer dos consideraciones: una sobre un factor presente, y otra sobre un factor ausente. El primero es la fe, que el prof. Martínez Vázquez de Castro considera útil «en cuanto nos puede suministrar datos correctos sobre la verdad de la persona» (p. 11): ¿no cabría identificar aquí un prejuicio religioso? Entiendo que no, precisamente por cómo lo hace el autor: se trata de obtener datos antropológicos valiosos con independencia de su procedencia; rechazarlos simplemente porque la doctrina de la Iglesia Católica los afirma, sin entrar a debatir sobre ellos desde el punto de vista de la razón, sería algo así como rechazar la penalización del homicidio con fundamento en que haciéndolo se recoge el contenido de uno de los Diez Mandamientos. El factor ausente es el sociológico: creo que los datos sociológicos de los que podemos disponer en torno a matrimonio y familia pueden ser especialmente ilustrativos, y ayudar a construir la regulación de estas realidades sobre hechos; hechos que demuestran que hay modelos familiares más eficaces socialmente que otros, algo de lo que el legislador sensato no debería prescindir.

Los capítulos tercero («El divorcio-exprés») y cuarto («El matrimonio de los homosexuales») sirven ya al autor para extraer de la regulación del Código civil sus conclusiones acerca del concepto y la consistencia legal de matrimonio civil. Para el profesor Martínez Vázquez de Castro, el matrimonio no es más que una asociación de personas adultas para convivir, donde la finalidad procreativa ha desaparecido, y donde asociación quiere decir algo parecido a situación de convivencia. Una convivencia que no es más que una situación de hecho y que se fundamenta únicamente en el mero hecho fáctico de estar juntos. En opinión del autor, tras la reforma de 2005 ha desaparecido cualquier idea de compromiso jurídico en el matrimonio. Matrimonio y parejas de hecho dan así un paso de gigante en el proceso de recíproco acercamiento que vienen experimentando en los últimos años: y en este caso el

paso ha sido dado por el matrimonio. El autor no tiene duda que, si esto es así, sobran la mayor parte de los artículos que el Código civil dedica al matrimonio en sí mismo. Ello se ve aún más justificado, en opinión del prof. Martínez Vázquez de Castro, por la ausencia de finalidad procreativa en la estructura matrimonial, tal y como la diseña el Código civil.

En el Capítulo V, «¿Una posible reforma del Código Civil?», el autor, se centra en explicar lo que, a su entender, debe ser el matrimonio civil. En opinión del prof. Martínez Vázquez de Castro, ha de hablarse del matrimonio como una realidad objetiva, con determinadas características, si es que se quiere seguir hablando de matrimonio como institución jurídica, y no como un cauce de deseos meramente subjetivos de las personas. Dos notas destacan en esta configuración jurídica: la estabilidad y la heterosexualidad. Estabilidad que se corresponde con la idea de un compromiso que jurídicamente lo sea. En este sentido, también el autor recoge el denominado «divorcio opcional» introducido en algunas legislaciones, y propuesto entre nosotros, siguiendo la propuesta realizada en Francia por L. Mazeaud. La segunda nota es la heterosexualidad, que el autor examina como ligado a consentimiento matrimonial. Una de las características más relevantes de la institución matrimonial –y justificante de su estabilidad– es precisamente que es el cauce más significativo de la protección de los hijos.

Las conclusiones, probablemente, serán polémicas. En todo caso, el lector encontrará en el libro materiales y razonamientos útiles, que pueden abrir la puerta a ulteriores reflexiones. Algunas de tales conclusiones pueden parecer más convincentes que otras, pero en todo caso las que sustentan las líneas maestras del planteamiento del prof. Martínez Vázquez de Castro responden a un modelo matrimonial coherente, conocido y practicado de manera casi universal, que ha demostrado su funcionalidad social más que suficientemente. El libro es así una aportación relevante al necesario debate sobre el matrimonio civil, y sobre el matrimonio en general.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE
Catedrático de Derecho Civil

VERDERA SERVER, Rafael: *La responsabilidad civil del Notario*, ed. Cívitas, Cizur Menor (Navarra), 2008.

1. Tal y como señala el autor en su «Nota Previa», me cabe la responsabilidad de haberle incitado a trabajar sobre el tema de esta obra para un Curso de Postgrado sobre Responsabilidad Civil que tuvo una exitosa aunque breve existencia. Pero el encargo no sólo se basó en la proximidad familiar del Prof. Verdera con la función notarial –por ser Notarios su padre y su hermano– sino en la plena confianza en su capacidad –como sólido investigador y atento observador de la realidad– para sacar adelante un tema apenas tratado en aquel momento y en el que no creo que vaya a haber, en el futuro, mejores especialistas que él.

También es cierto que aquel primer encargo derivó en uno más exhaustivo y de distinto enfoque, el de abordar el tema para un Tratado de Derecho de Daños diseñado y dirigido por mi maestro –y me atrevería a decir que, cuando menos en parte, también suyo–, el Prof. Vicente Montés. Lamentablemente, el mencionado Tratado no ha llegado todavía a ramos de bendecir –aunque

esperamos que no sea todavía demasiado tarde para que la dicha llegue-, pero ya ha servido para dar a luz excelentes monografías, en especial la que el lector tiene ante sí, caracterizada por un exhaustivo tratamiento doctrinal y jurisprudencial, y su gran profundidad y su rigor metodológico.

2. Esta obra se encuadraría en lo que podríamos calificar como parte especial de la responsabilidad civil. Especial por razón del sujeto responsable, el Notario, en cuanto ejerce como profesional del Derecho. Y en este sentido, hay que destacar que el autor ha tenido el buen tino de no elaborar un estudio de la parte general del Derecho de daños partiendo de un supuesto particular. El prof. Verdera se centra en las cuestiones que específicamente se suscitan en punto a la responsabilidad de quien es un profesional del Derecho que, además, ejerce funciones públicas. Es por ello que la primera parte de la obra se dedica a perfilar la función notarial, determinando cuándo ejerce el Notario funciones públicas y cuándo es un simple profesional del Derecho, y a analizarla desde una perspectiva económica, lo que resulta esencial para fijar las premisas desde las que ha de hacerse responsable al Notario.

3. Una vez sentadas las premisas conceptuales, el prof. Verdera afronta el estudio de las normas relativas a la responsabilidad civil notarial, que como bien se señala, no constituyen una regulación específica y sistemática, y que tienen como básica la previsión del artículo 146 del Reglamento Notarial. Mas como bien opina el autor, ésta y otras previsiones sobre la responsabilidad civil notarial resultan insuficientes y obligan a recurrir a las reglas generales de responsabilidad, tanto contractual como extracontractual, teniendo en cuenta, eso sí, las características de las funciones y actividades notariales; y también que el Notario es un profesional y el perjudicado puede ser un consumidor o usuario, por lo que resultaría aplicable la normativa de protección de consumidores y usuarios.

4. En efecto, el trabajo del prof. Verdera Server incide en varios aspectos frecuentemente soslayados a la hora de tratar la responsabilidad civil del Notario:

a) En primer lugar, la que se acaba de señalar, esto es, que en un buen número de ocasiones el cliente es consumidor o usuario y cabe, por tanto, aplicar las reglas del Derecho de consumo.

b) En segundo lugar, que cuando el perjudicado es el propio cliente, la responsabilidad suele derivar del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la relación jurídica que le vincula con el Notario, que no es sino un contrato y que, en consecuencia, cabe calificar la responsabilidad de contractual.

c) En tercer lugar, que la relación contractual entre cliente y Notario, en cuanto constituye su prestación fundamental la dación de fe a través del correspondiente instrumento público, suele responder al esquema del contrato de obra, más que al de servicios; todo ello sin perjuicio de que el Notario también pueda asumir obligaciones derivadas de un contrato en la que no se requiera la condición de tal, como cuando lleva a cabo labores de asesoramiento o de gestión o tramitación del documento.

d) En cuarto lugar, que la retribución del Notario a través del arancel le impide negociar la asunción de unos u otros riesgos mediante la negociación del precio de sus servicios, lo que excluiría la responsabilidad del Notario por daños atípicos derivados de circunstancias especiales de los clientes.

e) En quinto lugar, que cuando el perjudicado no sea el cliente sino un tercero, su responsabilidad será extracontractual, con aplicación de los requisitos generales previstos en el artículo 1902 CC.

f) Y finalmente, que el Notario responde como empresario cuando se vale de auxiliares y empleados para el desarrollo de sus funciones y el daño deriva de la conducta de éstos.

Todas estas cuestiones ponen de manifiesto que el autor no se limita a transitar por caminos trillados. Muy al contrario, el prof. Verdera Server huye de los lugares comunes y afronta con solvencia cuestiones apenas planteadas por los que antes que él habían estudiado la responsabilidad civil notarial.

5. Resulta de gran interés el tratamiento que hace el autor de tres cuestiones colateralmente vinculadas a la responsabilidad civil del Notario. De una parte, la que tiene que ver con el ejercicio colectivo de la función notarial y la posible aplicación a los convenios entre Notarios de la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales; en especial de su Disposición adicional 2.^a.2, que prevé un régimen de responsabilidad solidaria entre todos los profesionales que ejerzan colectivamente sin constituirse en sociedad profesional. De otra parte, la de la intervención de los Notarios en procesos que incidental o indirectamente analizan la actividad notarial, como los que tienen que ver con la nulidad del testamento que han autorizado. Y finalmente, la del seguro de responsabilidad civil de los Notarios, regulado por la Orden de 16 de noviembre de 1982 y parcialmente trasladado al Reglamento Notarial mediante el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero.

6. Después de fijar las bases de la responsabilidad civil del Notario, el autor se centra en el estudio pormenorizado de los dos grandes bloques en que cabe dividirla, la responsabilidad frente a los clientes y la responsabilidad frente a terceros.

En el primer bloque se presta especial atención a los requisitos para la concurrencia de la responsabilidad contractual notarial, a la carga de la prueba de los diversos elementos de tal responsabilidad, al incumplimiento de las funciones notariales y de las obligaciones no propiamente notariales asumidas por el Notario, al daño causado con tal incumplimiento, a la conexión entre incumplimiento y daño y a la prescripción de la acción de responsabilidad contractual del Notario.

En el segundo bloque, el de la responsabilidad del Notario frente a terceros, se analizan con detalle los supuestos en que incurre en negligencia, las partidas del daño que puede causar esa conducta negligente, la relación de causalidad entre daño y negligencia, y la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual.

En definitiva, se estudian con el máximo rigor todas y cada una de las cuestiones que suscita la responsabilidad del Notario, tanto frente a sus clientes como frente a terceros.

7. Por último, la sexta parte de la obra del prof. Verdera Server consiste en un anexo jurisprudencial que se organiza por grupos de casos. Se trata de los siguientes: *a)* errores de identificación; *b)* omisión de cláusulas; *c)* falta de notificación de documentos; *d)* falta de comprobación de la documentación previa a la escritura (con especial referencia al caso de las obligaciones hipotecarias; *e)* errores en el otorgamiento de documentos que conducen a su nulidad o afectan a su eficacia; *f)* gestión negligente de la documentación; *g)* falta o defectuosa información a los comparecientes, y *h)* otros supuestos.

8. El principal mérito de esta obra estriba, como ya se ha dicho, en la profundidad y el rigor metodológico con el que se aborda un tema que sólo había conocido –hasta éste– análisis breves o parciales; y ello pese al indudable interés de las cuestiones que son objeto de estudio.

El prof. Verdera Server se adentra en la responsabilidad civil del Notario con el propósito de ahondar en todos sus aspectos y cuestiones; y resulta evidente que lo consigue, elaborando una obra exhaustiva tanto en lo que tiene que ver con la doctrina como, sobre todo, con la jurisprudencia.

En efecto, el autor da cuenta de todas las resoluciones –tanto de los tribunales de justicia como de la Dirección General de los Registros y del Notariado– que han tenido que ver con el tema que es objeto de análisis. Pero su trabajo no es ni por asomo un mero elenco de tales sentencias y resoluciones. Desde luego, éstas no constituyen el hilo conductor del trabajo sino que son complemento de un discurso sistemático y completo de las cuestiones implicadas; esto es, de un auténtico y valiosísimo estudio doctrinal que –como no podía ser de otra manera– toma en consideración las decisiones jurisprudenciales para dar cuenta tanto de los conflictos que se suscitan como de sus soluciones.

9. Sin embargo, hay que destacar el tratamiento que da el autor a las sentencias de los tribunales y a las resoluciones de la Dirección General. A diferencia de lo que tantas veces sucede en trabajos sobre materias en las que la jurisprudencia abunda, el prof. Verdera Server no se limita a reproducir la doctrina jurisprudencial sino que da cuenta de los hechos que motivaron el pleito, lo que permite conocer qué hay de *ratio decidendi* y qué de *obiter dictum* en la fundamentación jurídica de la sentencia. Y ello es lo que proporciona utilidad a un trabajo que maneje la jurisprudencia, el que podamos conocer las claves de decisión de los conflictos y no sólo qué dijo en abstracto tal o cual sentencia sobre la causa del daño, la negligencia o cualquier otra cuestión.

10. En definitiva, el lector tiene ante sí una obra que aúna lo mejor de la teoría y de la práctica; de la reflexión doctrinal y del análisis de la realidad. Se trata, por tanto, de un trabajo útil tanto para los profesionales del Derecho como para quienes sólo quieran profundizar en los presupuestos y funciones de la responsabilidad civil.

Mario E. CLEMENTE MEORO
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Valencia

Revistas Extranjeras

Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.^a del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Jordi RIBOT IGUALADA, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia.— II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.—Abreviaturas.

DERECHO CIVIL

PARTE GENERAL

AUER, M.: «Subjektive Rechte bei Pufendorf und Kant. Eine Analyse im Lichte der Rechtskritik Hohfelds», *AcP*, núm. 5, 2008, pp. 584-634.

Interesante artículo sobre los conflictos lógicos que plantea el concepto habitual de Derecho subjetivo, derivado sobre todo de Kant, comparado con la concepción de uno de los padres del racionalismo jurídico, Pufendorf. (*M. G.-R.*)

BARATTA, R.: «Le basi giuridiche derivate nell'ordinamento comunitario—nota a C. giust. CE, sez. gr., 6 maggio 2008 in causa C-133/06», *GC*, 2008, núm. 10, pp. 2076-2079. (*M. R. D. R.*)

BARBA, V.: «La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale», *RTDPC*, 2008, núm. 3, pp. 791-818.

Reflexiones sobre el vínculo negocial en el derecho contractual: vínculo ocasional, vínculo voluntario e imperativo. (*M. R. D. R.*)

— «La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale», *RTDPC*, 2008, núm. 4, pp. 1167-1188.

Segunda parte de unas reflexiones sobre el vínculo negocial en el derecho contractual: vínculo voluntario, efectos, imposibilidad sobrevenida, defecto de causa. (*M. R. D. R.*)

GALLO, F.: «Dottrina e evoluzione del diritto», *RDC*, 2008, núm. 6 parte prima, pp. 683-711.

Revisión ideológica y conceptual de la ciencia jurídica, con consideraciones históricas sobre las fuentes del Derecho y sobre el papel de la doctrina en la formación y evolución del Derecho. (*M. R. D. R.*)

GRUNDMANN, S.: «The Concept of the Private Law Society: After 50 Years of European and European Business Law», *ERPL*, núm. 4, 2008, pp. 553-581.

El artículo se centra en el concepto de Derecho privado en la Comunidad Europea. El cambio del ámbito público y jerárquico por el privado se manifiesta en que los principales medios de organización social son el consenso y los acuerdos privados. La sociedad privada es estudiada en tanto aumenta la libertad individual y facilita la existencia de mercados más eficientes. (*M. G.-R.*)

IORIO, G.: «Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. Profili generali», *RDC*, 2008, núm. 6 parte prima, pp. 657-681.

Revisión de Derecho comparado, con la normativa y jurisprudencia francesa, de la naturaleza jurídica y efectos de las cláusulas de estilo respecto a la disciplina de interpretación de los contratos, en aras de entender la voluntad de las partes. (*M. R. D. R.*)

LA TORRE, A.: «Il bene duale nella teoria delle cose», *GC*, 2008, núm. 5, pp. 267-287.

Reflexión sobre la teoría de la cosa, de los bienes, y clases de bienes: la unicidad y la pluralidad, la dualidad, la *universitas rerum*. (*M. R. D. R.*)

LERNER, P.: «The Relationship between “Common Principles”, Comparative Law and the “New Ius Commune”», *ERPL*, núm. 6, 2008, pp. 949-972.

Artículo centrado en el proceso académico de armonización del Derecho privado en Europa a través de la creación de principios básicos comunes. También se tratan los puntos de contacto que existen entre este proceso de creación de principios comunes y el tradicional Derecho comparado. (*M. G.-R.*)

OECHSLER, J.: «Die Bedeutung des § 172 Abs. 1 BGB beim Handeln unter fremdem Namen im Internet», *AcP*, núm. 5, 2008, pp. 565-583.

El § 172.1 BGB establece que «Se equipara a una comunicación especial de un apoderamiento por el poderdante el hecho de que éste haya entregado al representante un documento de apoderamiento y el representante lo haya presentado a un tercero». Partiendo de este precepto, el autor se plantea el problema de las comunicaciones a través de internet en el caso de que una de las partes haya facilitado sus claves a un tercero y éste las haya utilizado para concluir un contrato u otro negocio jurídico. En su opinión, el § 172.1 BGB puede servir para hacer responsable al titular de las claves del negocio concluido en su nombre pero sin su autorización. (*M. G.-R.*)

ROTH, M.: «Die Rechtsgeschäftslehre in demographischen Wandel. Stärkung der Autonomie sowie Schutzkonzepte bei Älteren und Minderjährigen», *AcP*, núm. 4, 2008, pp. 451-489.

El cambio demográfico en Alemania supone un incremento relativo muy importante de los ancianos. La nueva legislación sobre la tutela o asistencia

(*Betreuung*) ha renunciado a la constatación constitutiva de la incapacidad de obrar e incluso ha dado un amplio ámbito de actuación a los mayores incapaces, como en el caso del § 105a, que les permite realizar negocios de la vida cotidiana. Esta nueva legislación requiere un replanteamiento de la categoría «negocio jurídico», así como la búsqueda de nuevas vías para proteger a los mayores incapaces. Además, algunas de las conclusiones se podrían aplicar a los menores de edad. (*M. G.-R.*)

VON HEIN, J.: «The New European Choice-of-Law Revolution: Lessons for the United States?», *Tulane L. Rev.*, 2008, vol. 82, pp. 1663-1707.

Estudio metodológico sobre el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). El autor se pregunta sobre la posible utilidad del Reglamento como modelo para los juristas de los Estados Unidos de América. Si se examina su contenido se puede apreciar que no se trata de una regulación demasiado innovadora, ya que en realidad sigue doctrinas ya admitidas por los países miembros de la Unión Europea, que pueden remontarse a la obra de Savigny. De acuerdo con este punto de partida, el Reglamento ha combinado un conjunto de normas generales relativamente flexibles con otras, de carácter específico, sobre tipos determinados de hechos ilícitos. De esta experiencia normativa se puede deducir que la evolución del Derecho internacional privado en relación con los conflictos de leyes es preferible que se realice de abajo a arriba, sin presión internacional para que los Estados unifiquen sus ordenamientos respectivos. Por ello no resulta recomendable que se imponga desde arriba una reforma de la regulación sobre esta materia, que por su carácter revolucionario dé la espalda a las culturas jurídicas nacionales. (*A. R. G.*)

WESTERMANN, H. P.: «Drittinteressen und öffentliches Wohl als Elemente der Bewertung privater Rechtsverhältnisse», *AcP*, núms. 2-3, 2008, pp. 141-181.

Intereses de terceros e interés general como elementos de valoración de las relaciones jurídicas privadas. El trabajo se centra, no en las limitaciones de la autonomía de la voluntad por razones de interés general, sino en el objeto más modesto de si, fuera de las normas legales, el ámbito de aplicación de la autonomía de la voluntad por razón de los intereses generales o de terceros puede ser también reducido. (*M. G.-R.*)

DERECHO DE LA PERSONA

ANZANI, G.: «Identità personale e 'atti di disposizione della persona'», *NGCC*, 2008, núms. 7-8, pp. 207-221.

Los principios en materia de disponibilidad de los bienes de la personalidad. El derecho a la identidad personal. (*Alma R. G.*)

AZZALINI, M.: «Tutela dell'identità del paziente incapace e rifiuto di cure: appunti sul caso Englaro», *NGCC*, 2008, núm. 10, pp. 331-350.

Artículo sobre el derecho de autodeterminación del paciente sobre su salud: posición del paciente en estado vegetativo permanente respecto al

rechazo a los tratamientos médicos. La postura del tutor del incapaz en el ejercicio de la elección del fin de la vida. Intervención judicial en la adopción de tal decisión. (*Alma R. G.*)

BALLARANI, G.: «Procreazione medicalmente assistita e diagnosi preimpianto: una sentenza contraria alla ragione della legge, ma conforme alla legge della ragione?—nota a Trib. Cagliari 24 settembre 2007», *GC*, 2008, núm. 1, pp. 228-241. (*M. R. D. R.*)

BANCHETTI, S.: «La diagnosi preimpianto nella procreazione assistita: eugenetica o tutela della salute della donna? – nota a Trib. Cagliari 24 settembre 2007», *GC*, 2008, núm. 6, pp. 1553-1561. (*M. R. D. R.*)

BULGARELLI, A.: «Prodigalità: inabilitazione o amministrazione di sostegno?—nota a Trib. Modena decr. 20 marzo 2008», *GC*, 2008, núm. 9, pp. 2038-2045. (*M. R. D. R.*)

CATALDO, V., DI Y OTROS: «La protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche», *NLCC*, 2008, núm. 2-3, pp. 353-456.

Extenso comentario de la *l. 22 febbraio 2006, n. 78*, sobre protección jurídica de invenciones biotecnológicas, para adecuar la Directiva 98/44/CE y la Convención de Mónaco sobre patentes europeas, la Convención de Río de Janeiro sobre diversidad biológica y la Convención de Oviedo sobre derechos del hombre y dignidad del ser humano, a las leyes sobre patentes biotecnológicas y el código de la propiedad industrial: determinación del objeto, procedimientos e intereses a proteger. (*M. R. D. R.*)

CENDON, P./ROSSI, R.: «I diritti dei pazienti oncologici», *DFP*, 2008, núm. 2, pp. 922-954.

Los pacientes terminales y su derecho de autodeterminación sobre su salud: validez del testamento biológico, un debate abierto. (*Alma R. G.*)

D'AVACK, L.: «Sul consenso informato all'atto medico», *DFP*, 2008, núm. 2, pp. 759-789.

Artículo acerca del derecho de autodeterminación del paciente sobre su salud en los casos de estados vegetativos permanentes. (*Alma R. G.*)

DELLI PRISCOLI, L.: «Diritti della personalità, persone giuridiche e società di persone—nota a Cass. 4 giugno 2007 n. 12929 e a Cass. 5 aprile 2007 n. 8604», *GC*, 2008, núm. 9, pp. 1998-2013. (*M. R. D. R.*)

DELGADO, A.: «Chronique d'Espagne/Crónica de España», *RIDA*, núm. 216, abril 2008, pp. 183-319.

Antonio Delgado, Presidente del Instituto de Derecho de Autor (Madrid), es el autor de esta crónica, en la que refleja las novedades legislativas más importantes en materia de protección del Derecho de autor que, a su juicio, han tenido lugar en España entre marzo de 2002 y diciembre de 2007. (*C. J. D.*)

DIETZ, A.: «Regulation of copyright law in the new part IV of the Russian Civil Code—an important, but partly problematic piece of legislation», *RIDA*, núm. 216, abril 2008, pp. 123-181.

En Rusia, la legislación especial en materia de protección del Derecho de autor ha sido prácticamente derogada para incorporarse al texto del Código

civil, a partir del 18 de diciembre de 2006. Desde una perspectiva de Derecho comparado, el autor analiza los aciertos y desventajas del nuevo sistema, que no considera demasiado convincente. (C. J. D.)

FERREIRA, N./O'CALLAGHAN, P., Y OTROS: «Evaluating the "New Culture" of Human Rights in European Private Law», *ERPL*, núm. 5, 2008.

Número de la revista dedicado al efecto horizontal que pueden tener los derechos fundamentales recogidos en distintas Constituciones europeas, los tratados sobre derechos humanos y las normas europeas. Contribuciones de autores sobre todo portugueses y españoles: BARBIERI, D.; CONRAD, J. S.; COSTA, M.; SÁNCHEZ GALERA, M. D.; DE VOS, B. J.; TJONG TJIN TAI, E./TEUBEN, K.; BERGER, V. A.; y van MAANEN, G./TOWNSEND, D./TEFFERA, A. (M. G.-R.)

FRESNEL, F./PÉNINON-JAULT, M.: «Protection juridique des majeurs: commentaire du décret du 5 décembre 2008», *GP*, 2008, núm. 28-29, pp. 4-10.

Evolución legal en Francia sobre la protección de mayores incapaces. La última regulación de 5 de diciembre de 2008 afecta al procedimiento de dicha protección y la intervención en el proceso del abogado, así como las obligaciones de información al mayor y la publicidad de las medidas adoptadas. (R. A. R.)

GALLEGO, A.: «Espagne: Le droit moral de l'architecte éprouvé par le service public», *RIDA*, núm. 217, julio 2008, pp. 3-29.

Comentario a la sentencia del Juzgado de lo mercantil núm. 1 de Bilbao, de 23 de noviembre de 2007, en virtud de la cual se antepone el interés público y general sobre el interés particular del autor de una obra arquitectónica y de ingeniería, delimitándose así su derecho moral de autor. (C. J. D.)

GINSBURG, J. C.: «Chronique des États-Unis», *RIDA*, núm. 217, julio 2008, pp. 99-197.

Parte primera de la crónica de las novedades en materia de Derecho de autor en los Estados Unidos desde 2005. En ella se describe la actividad legislativa de estos años, quedando la jurisprudencia reservada a la segunda parte de esta crónica, publicada en el número de octubre de 2008. (C. J. D.)

— «Chronique des États-Unis», *RIDA*, núm. 218, octubre 2008, pp. 167-355.

Segunda parte de la crónica de los Estados Unidos (la primera aparece en el número anterior, de julio de 2008), reservada a dar noticia de la jurisprudencia norteamericana en materia de protección del Derecho de autor, desde 2005. (C. J. D.)

GRASSI, C.: «Potestà genitoriale e affidamento della prole», *GC*, 2008, núm. 10, pp. 455-481.

Estudio doctrinal y jurisprudencia de la figura de la patria potestad en exclusiva o compartida, desde el punto de vista de los intereses morales y materiales del menor, y análisis de los posibles problemas anexos a la patria potestad a favor de uno solo de los progenitores, sobre todo en caso de algunos supuestos de incumplimiento de los deberes parentales. (M. R. D. R.)

HENRY, G.: «L'appréhension des oeuvres de l'esprit par le droit comptable», *RIDA*, núm. 218, octubre 2008, pp. 113-165.

El artículo versa sobre el tratamiento jurídico de las obras artísticas desde la interesante perspectiva de la contabilidad. (*C. J. D.*)

KABRE, W. D.: «Droit des bases de données et pays en développement», *RIDA*, núm. 216, abril 2008, pp. 3-121.

En los países en vías de desarrollo, ¿pueden quedar protegidas por el Derecho de propiedad intelectual, las bases de datos? ¿Bajo qué condiciones? Estas cuestiones son abordadas desde una doble perspectiva: *a*) la protección del continente o receptáculo, y *b*) la protección del contenido como unidad (se excluye el análisis de los elementos individuales de ese contenido). (*C. J. D.*)

LISA, V. DE: «Tutela del nome e dell'identità personale in caso di rettificazione di attribuzione del sesso e dell'atto di nascita», *NGCC*, 2008, núm. 10, pp. 1189-1192.

La sentencia de Apelación de Florencia de 23 de noviembre de 2007 mantiene que con la sentencia de rectificación de la atribución de sexo y del acto de nacimiento está legitimado que al nombre originario de la persona venga añadido uno nuevo. (*Alma R. G.*)

MANTELERO, A.: «Privacy», *CI*, 2008, núm. 3, pp. 757-779.

Artículo en torno al derecho a la intimidad: génesis y evolución del modelo estadounidense del *right to privacy*. La formación del concepto de derecho a la intimidad en el ordenamiento jurídico italiano. (*Alma R. G.*)

MARÉCHAL, C.: «La lésion et l'imprévision en droit d'auteur», *RIDA*, núm. 217, julio 2008, pp. 31-97.

Análisis de las diferencias entre el tratamiento jurídico que el Derecho de autor da a determinadas cuestiones (en concreto, a la lesión y a la falta de previsión), y el que reciben estas cuestiones en el Derecho civil. El carácter específico del Derecho de autor justifica este distinto régimen. (*C. J. D.*)

MASONI, R.: «Vivere é un diritto, non un obbligo: amministrazione di sostegno e consenso ai trattamenti sanitari e di fine vita», *DFP*, 2008, núm. 2, pp. 675-696.

De nuevo la polémica en Italia sobre el derecho a morir de las personas en estado vegetativo permanente a través de la suspensión de los tratamientos médicos que les mantienen con vida. (*Alma R. G.*)

MASSIMO BIANCA, C.: «Note sul possesso di stato in vista della riforma della filiazione», *GC*, 2008, núm. 1, pp. 3-9.

Breve reflexión sobre el instituto de la filiación, con especial referencia a la discriminación de la filiación natural, respecto de la legítima, en el ámbito sucesorio, violando el principio de igualdad. Perspectivas de reforma y uso de la posesión de estado como prueba de filiación legítima. (*M. R. D. R.*)

OPPO, G.: «Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana», *RDC*, 2008, núm. 4, parte prima, pp. 371-377.

Observaciones acerca de las consecuencias jurídicas del suicidio, en particular, referencias a la eutanasia, y a los efectos sobre los contratos de seguro de vida. (*M. R. D. R.*)

PIRIOU, F.-M.: «Les "oeuvres orphelines" en quête de solutions juridiques» *RIDA*, núm. 218, octubre 2008, pp. 3-111.

El nuevo término «obra huérfana» (*orphan work*) ha nacido para denominar la situación en que el titular de los derechos de autor o de los derechos conexos no puede ser identificado por las personas que quisieran solicitar su autorización para la explotación o uso de la obra. En este artículo, la autora describe algunas de las iniciativas que se están adoptando en este campo así como las soluciones jurídicas a las cuestiones que plantea la existencia de tales «obras huérfanas». (C. J. D.)

RASCHEL, L.: «L'age de procréer», *GP*, 2008-2009, núm. 366-3, pp. 14-17.

Estudio sobre las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales a propósito de este término que aparece en numerosos textos legales sin concreción. Edad inicial y final para la procreación de la mujer y sus consecuencias. (R. A. R.)

SAVINI, L.: «Note sull'uso abusivo dell'immagine in costanza di rapporto di lavoro subordinato e qualificazione giuridica del danno risarcibile», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 2, pp. 527-535.

El interés de la sentencia de la Corte de Apelación de Bolonia de 1 de agosto de 2006 radica en que trata el uso abusivo de la imagen de un sujeto que se encuentra inmerso en el momento de la captación de dicha imagen en una relación de trabajo subordinado. (Alma R. G.)

SCHLESINGER, P.: «Il concepito e l'inizio della persona», *RDC*, 2008, núm.3, parte seconda, pp. 247-256.

Estudio dedicado a Francesco Busnelli, en el que se revisa el debate sobre el inicio de la vida humana y la atribución de personalidad jurídica, en aras de la tutela del *nasciturus*. (M. R. D. R.)

— «La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederne le principali caratteristiche)», *RDC*, 2008, núm. 4, parte prima, pp. 379-393.

Reflexiones sobre la figura jurídica de la persona y sus principales características, desde un punto de vista filosófico-jurídico. (M. R. D. R.)

SIMEOLI, D.: «Il rifiuto di cure: la volontà presunta o ipotetica del soggetto incapace-nota a Cass. 16 ottobre 2007 n. 21748», *GC*, 2008, núms. 7-8, pp. 1727-1734. (M. R. D. R.)

SIRENA, P.: «Il sequestro della stampa a tutela del diritto all'immagine», *NGCC*, 2008, núm. 5, pp. 135-142.

El objeto del derecho a la imagen y la individualización del interés jurídicamente protegido: la imagen como dato personal. El consentimiento a la circulación de la imagen. La publicidad comercial. La acción inhibitoria regulada en el Código civil. La licitud constitucional del secuestro. (Alma R. G.)

SPICKHOFF, A.: «Autonomie und Heteronomie im Alter», *AcP*, núms. 2-3, 2008, pp. 345-415.

El autor señala cómo en Alemania todas las estadísticas apuntan a un incremento relevante de la edad de la población, y la falta de cátedras y especialida-

des de Derecho de los Mayores, a diferencia de lo que sucede en medicina o sociología (geriátrica y gerontología). Los mayores plantean el problema de la pérdida progresiva de sus facultades físicas y psíquicas y en qué medida se debe limitar su libre voluntad, ya en beneficio de la comunidad, ya en el de los propios afectados. Se estudia la tutela o asistencia del BGB, las llamadas voluntades anticipadas y la responsabilidad extracontractual. (*M. G.-R.*)

TURCHI, V.: «L'obiezione di coscienza nell'ambito della bioetica», *DFP*, 2008, núm. 3, pp. 1436-1457.

Análisis de diversas cuestiones relativas a la objeción de conciencia en materia bioética: aborto, procreación médicamente asistida, eutanasia, intervenciones de modificación del sexo, experimentación sobre animales... (*Alma R. G.*)

VIRGADAMO, P.: «L'eutanasia e la Suprema Corte: dall'omicidio del consenziente al dovere di uccidere», *DFP*, 2008, núm. 2, pp. 592-628.

Reflexiones sobre el tema del suicidio y de la eutanasia, a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 16 de octubre de 2007 en la que un padre, tutor de su hija en estado de coma vegetativo desde hace años, solicita al juez que autorice la interrupción de la hidratación de la alimentación nasogástrica con la que la hija venía manteniéndose viva, a fin de causarla la muerte. (*Alma R. G.*)

PERSONA JURÍDICA

BRAND, Ch.: «Die Mietgliederhaftung in nichteingetragenen Idealverbänden», *AcP*, núm. 4, 2008, pp. 490-514.

La mayoría de la doctrina y la jurisprudencia alemanas considera que los miembros de las asociaciones no inscritas no responden de las deudas de la asociación, como también sucede con la sociedad. El autor discute este punto de vista, poniendo de manifiesto la importancia de la inscripción. (*M. G.-R.*)

DELLI PRISCOLI, L.: «Diritti della personalità, persone giuridiche e società di persone-nota a Cass. 4 giugno 2007 n. 12929 e a Cass. 5 aprile 2007 n. 8604», *GC*, 2008, núm. 9, pp. 1998-2013. (*M. R. D. R.*)

ROSSI, C.: «La fusione tra fondazioni», *RDC*, 2008, núm. 5, parte seconda, pp. 603-621.

Propuesta de reforma del Derecho de asociaciones y fundaciones y reflexiones sobre el control de las fundaciones, procedimiento de fusión, actuación de la autonomía privada en la modificación de los estatutos de una fundación, aplicación a empresas sociales o fundaciones bancarias o financieras. (*M. R. D. R.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ALPA, G./CONTE, G.: «Riflessioni sul progetto di Common Frame of Reference e sulla revisione dell'Aquis communautaire», *RDC*, 2008, núm. 2, parte prima, pp. 141-128.

Observaciones críticas sobre el Marco común de referencia y la revisión del acervo comunitario, en orden a la posibilidad de crear un Parte general

de Derecho contractual europeo, distinguiéndola de la Parte especial de los contratos: la iniciativa del Parlamento europeo de crear un Código común europeo de Derecho privado, la iniciativa de la Comisión de crear un Derecho contractual europeo. (*M. R. D. R.*)

ALPINI, A.: «Sul diritto di prelazione della quota dell'immobile locato ex art. 38, l. N. 372 del 1978», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 2, pp. 550-563.

Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo italiano de 14 de junio de 2007, núm. 13886, sobre derecho de preferencia sobre la cuota de un local de negocio arrendado.

La sentencia se dicta en *sezione unita* con el objeto de poner fin a la división jurisprudencial existente sobre el tema indicado. El tribunal considera que el derecho de preferencia del arrendatario no es aplicable a este tipo de supuestos, decantándose por la tesis de que falta la identidad entre el bien arrendado (el local en su integridad) y el vendido (una cuota sobre el mismo).

La autora, que comparte la tesis del tribunal y la solución final, no comparte, sin embargo, los argumentos concretos invocados por el tribunal. A su análisis se dedica el presente comentario. (*B. F. G.*)

AMOROSO, D.: «Note sull'evoluzione legislativa e giurisprudenziale in tema di maggior danno nelle obbligazioni pecuniarie-osservazione a Cass., sez. un., 16 giugno 2008 n. 19499», *GC*, 2008, núm. 11, pp. 2378-2381. (*M. R. D. R.*)

— «Sulle conseguenze risarcitorie della colposa mancata diagnosi prenatale della malformazione del nascituro-nota a Trib. Pesaro 26 maggio 2008», *GC*, 2008, núm. 10, pp. 2278-2286. (*M. R. D. R.*)

AMRAM, D.: «I criteri di individuazione dell'inadempimento di non scarsa importanza», *NGCC*, 2008, núms. 7-8, pp. 825-831.

Estudio jurisprudencial sobre la importancia del incumplimiento contractual: los parámetros objetivos y subjetivos en la valoración de la trascendencia de tal incumplimiento. (*Alma R. G.*)

ARCIONI, E.: «Assegnatario della casa familiare venduta dal coniuge con atto oggetto di revocatoria-nota a Cass. 22 maggio 2007 n. 11830», *GC*, 2008, núms. 7-8, pp. 1772-1797. (*M. R. D. R.*)

BALESTRA, L.: «Le obbligazioni naturali nel pensiero di Michele Giorgianni», *RTDPC*, 2008, núm. 2, pp. 389-399.

Ponencia realizada en recuerdo de Michele Giorgianni, tratando el tema de las obligaciones naturales: concepto, naturaleza, fundamento, diferencia respecto de las obligaciones jurídicas y sujetos obligados. (*M. R. D. R.*)

BARAGGIOLI, G.: «La riduzione della penale eccessiva: poteri del giudice o oneri di parte», *NGCC*, 2008, núm. 10, pp. 1157-1164.

Comentario jurisprudencial sobre la reducción de oficio por el juez de la cláusula penal onerosa, y la carga de la alegación y de la prueba por el particular de las circunstancias que sean relevantes para la valoración de la onerosidad de la cláusula penal. (*Alma R. G.*)

BARBA, V.: «La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale», *RTDPC*, 2008, núm. 3, pp. 791-818.

Reflexiones sobre el vínculo negocial en el Derecho contractual: vínculo ocasional, vínculo voluntario e imperativo. (*M. R. D. R.*)

— «La connessione tra i negozi e il collegamento negoziale», *RTDPC*, 2008, núm. 4, pp. 1167-1188.

Segunda parte de unas reflexiones sobre el vínculo negocial en el Derecho contractual: vínculo voluntario, efectos, imposibilidad sobrevenida, defecto de causa. (*M. R. D. R.*)

BARBANERA, R.: «L'allontanamento del minore dalla casa familiare: sono ancora responsabili i genitori per il fatto illecito del figlio?», *NGCC*, 2008, núm. 10, pp. 1215-1219.

Alcance del deber de vigilancia o de educación de los progenitores como fundamento de la responsabilidad civil por el hecho dañoso cometido por su hijo frente a un tercero, en particular, estudio de si la separación del menor de la casa familiar es un hecho que permite exonerarles de su responsabilidad. (*Alma R. G.*)

BARBIER, J. D.: «La fixation du loyer commercial à la baisse», *GP*, 2009, núm. 37-38, pp. 11-15.

Situación de conflicto sobre la fijación de la renta del arrendamiento de locales. La posición de la jurisprudencia y la revisión del artículo L. 145-39 del Código de comercio. Posición del autor sobre la modificación atendiendo a diversos factores, duración y consecuencias de la revisión a la baja. (*R. A. R.*)

BARNES, W.: «The French Subjective Theory of Contract: Separating Rhetoric from Reality», *Tulane L. Rev.*, 2008, vol. 83, pp. 3359-3388.

Comentario comparado sobre el alcance de la teoría subjetiva del contrato, prevalente en el Derecho francés y cuyo efecto práctico principal se refleja en la regulación de la perfección del contrato entre ausentes. Según el autor, la práctica judicial y los criterios doctrinales están ya lejos de la mencionada teoría y permiten situar al Derecho francés en un punto no muy alejado de otros sistemas donde predomina la teoría objetiva, en particular de los ordenamientos angloamericanos. (*J. R. I.*)

BASCHIERA, M.: «Onere della prova e nesso di causalità: spunti di discussione in tema di responsabilità oggettiva del produttore di dispositivi medici», *NGCC*, 2008, núm. 6, pp. 789-795.

Comentario jurisprudencial en torno a la responsabilidad del productor de dispositivos sanitarios, en particular, análisis de dos aspectos: primero, sobre la definición del contenido de la carga de la prueba que grava a la víctima y, segundo, sobre la relación entre el defecto del producto y el nexo de causalidad. (*Alma R. G.*)

BASEDOW, J.: «Freedom of Contract in the European Union», *ERPL*, núm. 6, 2008, pp. 901-923.

Tratamiento de la libertad contractual como principio fundamental del Derecho privado europeo. Este principio asegura una competencia efectiva

dentro del mercado interno. También se estudia el conflicto entre las disposiciones antidiscriminatorias y el principio de libertad de mercado. (*M. G.-R.*)

BASEDOW, J., Y OTROS: «Kodifikationsrausch und kollidierende Konzepte-Notizen zum Marktbezug, Freiheit und System im Draft Common Frame of Reference», *ZEuP*, núm. 4, 2008, pp. 673-812.

Número monográfico de la *ZEuP* dedicado al Marco Común de Referencia, con artículos de Wagner, G.; Pfeifer, Th.; Huber, U.; Unberath, H.; y Armbrüster Ch., referidos tanto a aspectos generales como a otros más concretos, como la compraventa, la prestación de servicios o el seguro. (*M. G.-R.*)

BEEVER, A.: «Corrective Justice and Personal Responsibility in Tort Law», *Oxford J. Legal. Stud.* 2008, vol. 28, núm. 3, pp. 475-500.

Breve ensayo acerca de la relación y las diferencias entre responsabilidad individual y justicia conmutativa. Ambos conceptos confluyen en el debate académico sobre la función de la responsabilidad civil extracontractual. El primero, sin embargo, no es consustancial al fundamento de la responsabilidad civil, ni da razón de la objetivación del concepto de culpa, del papel trascendental del seguro de responsabilidad civil o del establecimiento de sistemas de compensación de daños al margen de la responsabilidad civil. Estos elementos fundamentales en la evolución contemporánea del Derecho de daños no resultan, en cambio, necesariamente incongruentes con la idea de justicia conmutativa. (*J. R. I.*)

BERTOCCO, S.: «Una severa interpretazione della Cassazione attribuisce agli obblighi di sicurezza del datore di lavoro i caratteri della responsabilità oggettiva», *NGCC*, 2008, núms. 7-8, pp. 928-934.

Comentario jurisprudencial sobre el contenido de la obligación de seguridad del empresario en el ámbito laboral, y el carácter de la responsabilidad de éste y el reparto de la carga de la prueba de la culpa. (*Alma R. G.*)

BÖCKENFÖRDE, T.: «Auf dem Weg zur elektronischen Privatsphäre», *JZ*, 2008, núm. 19, pp. 925 y ss.

La presente contribución analiza la sentencia del BVerfG (*Bundesverfassungsgerichts*, Tribunal Constitucional Federal) de 27 de febrero de 2008 relativa a la privacidad y el registro de las comunicaciones a través de Internet. (*B. T. G.*)

BOITUZAT, A.: «Le droit de préemption des communes sur la cessions de fonds de commerce et artisanaux et de baux commerciaux», *RDImm*, 2008, núm. 6-7, pp. 313-325.

Estudio a propósito del nuevo derecho tal y como se instituye en el artículo 58 de la Ley núm. 2005-882 de 2 de agosto de 2005 preservando la diversidad comercial al nombre así como la nueva regulación dada en el Decreto de 28 de diciembre de 2007 sobre el nuevo poder y los mecanismos exigidos por la ley. (*I. S. P.*)

BRAULT, PH.-H./BARBIER, J. D.: «Le statut des baux commerciaux (édition 2009)», *GP*, 2009, núm. 37-38, pp. 3-10.

Estudio a propósito de las innovaciones del artículo 145-9 del *Code de comerce* derogando los artículos 1736-1737 del Código civil sobre arrendamiento de locales. Su relación con la posición jurisprudencial. (*I. S. P.*)

BRECCIA, U.: «Persona, contratti, responsabilità negli studi di Davide Messinetti», *RDC*, 2008, núm. 2, parte seconda, pp. 149-159.

Revisión de las reglas generales sobre responsabilidad civil en materia de persona, propiedad, y contratos: injusticia del daño, determinación de los remedios. (*M. R. D. R.*)

BRIGUGLIO, A.: «I danni da fumo in Cassazione: un'occasione sfumata-nota a Cass. 30 ottobre 2007 n. 22884», *GC*, 2008, núm. 1, pp. 112-115. (*M. R. D. R.*)

CABELLA PISU, L.: «Ombre e luci nella responsabilità del produttore», *CI*, 2008, núm. 3, pp. 617-645.

Estudio de los nuevos artículos 114 a 127 del Código de Consumo italiano, que después de treinta años ha desarrollado la Directiva comunitaria sobre responsabilidad por daños por productos defectuosos. (*Alma R. G.*)

CAFFAGGI, F./MICKLITZ, H.-W.: «Collective Enforcement of Consumer Law: «A Framework for Comparative Assessment», *ERPL*, núm. 3, 2008, pp. 391-425.

Trabajo de Derecho comparado sobre las reclamaciones de los consumidores en Europa, EE. UU. y Canadá en 2007, y los métodos para hacerlas efectivas, que pueden ser el proceso judicial, negociación para prevenir el litigio, transacción o arbitraje. (*M. G.-R.*)

CALVO, R.: «Nullità derivata e rilevanza civilistica dei vizi del procedimento a evidenza pubblica», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 2, pp. 299-319.

El presente artículo se refiere a los contratos celebrados entre particulares y la Administración Pública tras un procedimiento de *concurrentia pública*.

En concreto, el supuesto de hecho que es objeto de atención es aquel en que el procedimiento es anulado, conforme a las normas administrativas, y su influencia en el contrato, regido por las normas de Derecho civil.

La jurisprudencia italiana en esta materia no es uniforme. La línea jurisprudencial mayoritaria considera que el contrato es anulable. Tampoco existe un fundamento uniforme: para unos, radica en la existencia de un vicio de la voluntad; para otros, en un vicio de los presupuestos del negocio.

El autor, que se muestra en desacuerdo con dicha línea mayoritaria, el contrato es nulo por violación de normas imperativas. (*B. F. G.*)

CANARIS, C.: «L'inadempimento nel Codice europeo dei contratti», *RDC*, 2008, núm. 6 parte prima, pp. 629-641.

Análisis del título VIII del proyecto preliminar del Código Europeo de Contratos, articulado en tres secciones: disposiciones generales, mora del acreedor y efectos del incumplimiento: incumplimiento según el tipo de obligación, mora del deudor, mora del acreedor, remedios frente al incumplimiento y resarcimiento de daños. (*M. R. D. R.*)

CAPECCHI, M.: «Nesso di causalità e perdita di chances: dalle sezioni unite penali alle sezioni unite civili», *NGCC*, 2008, núm. 5, pp. 143-163.

Diversas cuestiones que suscita el nexo de causalidad como presupuesto para la existencia de responsabilidad civil: la transición de la concepción del nexo de causalidad desde las teorías del siglo XVIII al caso *Franzese*. La inter-

vencción de las secciones unidas civiles sobre el tema del nexo causal. Causalidad general y causalidad individual. La prueba del nexo causal. La estructura del hecho ilícito: causalidad material y jurídica. La estructura de la responsabilidad por omisión. La causalidad en la omisión y la pérdida de *chances*. (Alma R. G.)

CAPOCASALE, C.: «Sull'irrelevanza dell'errore sul valore dell'azione nella vendita di partecipazioni sociali-nota a Cass. 19 luglio 2007, n. 16031», *GC*, 2008, núm. 9, pp. 1979-1987. (M. R. D. R.)

CAPONI, R.: «Litisconsorzio aggregato. L'azione risarcitoria in forma collettiva dei consumatori», *RTDPC*, 2008, núm. 3, pp. 819-852.

Estudio comparativo de la legislación italiana y alemana sobre modelos de tutela colectiva en el proceso civil en materia de consumidores: legitimación, objeto del proceso, coexistencia con las acciones individuales. (M. R. D. R.)

CARBONE, E.: «Verso lo statuto unico della responsabilità contrattuale», *RTDPC*, 2008, núm. 4, pp. 1327-1339.

Revisión crítica de la reciente aversión jurisprudencial a la dicotomía entre obligaciones de medios y de resultado. Reflexión en relación al *favor debitoris* respecto a la carga de la prueba, y los diferentes modelos de distribución de riesgos. (M. R. D. R.)

CARETTE, N.: «Direct Contractual Claim of the Sub-buyer and International Sale of Goods: Applicable Law and Applicability of the CISG», *ERPL*, núm. 4, 2008, pp. 583-605.

Trabajo sobre la reclamación contractual al subcomprador en la venta internacional de mercaderías. (M. G. R.)

CARLEO, R.: «Danno da fumo attivo e autoresponsabilità-nota a Trib. Roma, sez. II, 5 gennaio 2008», *GC*, 2008, núms. 7-8, pp. 1792-1797. (M. R. D. R.)

CARUSI, D.: «Un falso percorso del pensiero privatistico: tutela dell'avviamento commerciale e danno da finita locazione», *GC*, 2008, núm. 4, pp. 231-236.

Reflexiones sobre la figura del arrendamiento de local comercial y los daños producidos a la empresa por la finalización del contrato arrendaticio y el mantenimiento de la clientela. (M. R. D. R.)

CASAMASSIMI, V. DE: «Contrattazione immobiliare e "preliminare di preliminare"», *NGCC*, 2008, núms. 7-8, pp. 248-257.

La contratación inmobiliaria. Contrato preliminar e intereses precontractuales. El preliminar del preliminar: naturaleza jurídica. (Alma R. G.)

CATERINI, E.: «La terza fase del "diritto dei consumi"», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 2, pp. 320-337.

El autor presenta un balance del Derecho de consumo, transcurridos poco más de treinta años desde la primera política europea de protección de consumidores y más de cuarenta años desde el discurso de Kennedy sobre la necesidad de un derecho de protección de los consumidores.

Dicho balance toma como punto de partida la fase en la que actualmente se encuentra el Derecho de consumo. Tras una primera fase de regulación de las materias que se consideraron fundamentales, y una segunda en la que se

trató de consolidar la normativa de protección de consumidores, esta tercera fase, relativa al período comprendido entre los años 2007 y 2013, se centra en una decisión fundamental: decidir si este sector continúa siendo tal o si sus principios se extienden a todo el Derecho civil.

Para el autor existen dos ideas básicas que integran adecuadamente las normas de tutela de la parte débil (el consumidor) en la realidad económico social actual: (1) las normas de protección de consumidores no deben perder nunca de vista el objetivo de un mercado libre y competitivo, y (2) dichas normas no deben aplicarse por igual a todos los sujetos que contratan con profesionales. Así, a título de ejemplo, el autor considera que no debe ser tratado como consumidor el profesional de la informática que adquiere un ordenador para uso personal.

Tras la lectura del artículo se echa en falta una opinión expresa del autor sobre la decisión que deberá tomarse en lo que él mismo denomina «tercera fase del Derecho de consumo». (B. F. G.)

CEOLIN, M.: «La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis», *NLCC*, 2008, núm. 2-3, pp. 259-291.

Análisis del *d. l. 31 gennaio 2007, n. 7*, sobre distintas vicisitudes del préstamo hipotecario: el ámbito objetivo y subjetivo del contrato de mutuo garantizado con hipoteca, extinción anticipada, efectos frente a terceros y efectos registrales de la subrogación y la cancelación. (M. R. D. R.)

CHARBONNEAU, C.: «La responsabilité des assureurs de construction», *RDI*, 2008, núm. 11, pp. 535-542.

Diferencias entre la responsabilidad del asegurador de daños de la obra y el asegurador de responsabilidad decenal. Acciones a las que están sometidos según la ley y situación jurisprudencial. (R. A. R.)

COCUCCIO, M.: «Il danno da vacanza rovinata», *GC*, 2008, núm. 9, pp. 419-432.

Reflexiones doctrinales y jurisprudenciales sobre la responsabilidad por daño en viajes combinados: criterios de prueba, imputación de responsabilidad, liquidación, prescripción de la acción. (M. R. D. R.)

COGIOLA, N.: «Nesso di causalità e colpa nel danno da amianto. Le esperienze italiana e inglese», *RDC*, 2008, núm. 4, parte seconda, pp. 381-424.

Reflexiones sobre el progreso científico y tecnológico y los correlativos perjuicios y daños a la persona causados por los productos industriales o el procedimiento de producción o fabricación. Evolución de la responsabilidad civil en la jurisprudencia italiana e inglesa en relación al nexo de causalidad y el criterio de la culpa en los supuestos de daños producidos por actividad industrial. (M. R. D. R.)

COSTANZA, M.: «Realtà e relatività della situazione proprietaria-nota a Cass. 28 marzo 2007 n. 7576 e a Cass. 21 novembre 2006 n. 24679», *GC*, 2008, núm. 5, pp. 1260-1262. (M. R. D. R.)

— «Possesso e risarcimento del danno-nota a Cass. 3 luglio 2007 n. 15233», *GC*, 2008, núm. 2, pp. 412-414. (M. R. D. R.)

CRISTOFARO, G. DE: «Il regime normativo generale della pubblicità», *NLCC*, 2008, núm. 2-3, pp. 295-335.

Análisis del *d. lgs. 145 del 2 de agosto*, sobre el régimen general de la publicidad: determinación de los elementos subjetivos, profesionales y operadores publicitarios, efectos de la publicidad ilícita o engañosa y medios de prevención y remedios sancionadores en caso de producción de daños o violación de la normativa. (*M. R. D. R.*)

— «Le pratiche commerciali scorrette nei rapporti fra professionisti e consumatori», *NLCC*, 2008, núm. 5, pp. 1057-1116.

Análisis del *d. lgs. 2 agosto 2007, n.146 e artt. 2, 4, e 8 d. lgs. 23 ottobre 2007, 221*, sobre trasposición de la Directiva 2005/29/CE, en materia de prácticas comerciales desleales en las relaciones entre profesionales y consumidores, y convivencia con el régimen general de publicidad.

Determinación del concepto de diligencia profesional y consumidor medio, e intento de clasificación de prácticas comerciales ilícitas: engañosas, agresivas.

Efectos de la violación de la prohibición de realizar dichas prácticas comerciales: sanciones administrativas y procedimiento inhibitorio. (*M. R. D. R.*)

— «La nuova disciplina comunitaria del crédito al consumo: la direttiva 2008/48/CE e l'armonizzazione completa delle disposizioni nazionali concernenti taluni aspetti dei contratti di credito ai consumatori», *RDC*, 2008, núm.3, parte seconda, pp. 255-302.

Análisis de la nueva Directiva sobre crédito al consumo de 2008: fundamento, ámbito de aplicación, concepto del contrato de crédito, sujetos, contenido obligacional, efectos, desistimiento y resolución, amortización anticipada y cesión de derechos. (*M. R. D. R.*)

CUGNO, V.: «Spetta sempre al medico fornire la prova della mancanza di colpa», *NGCC*, 2008, núms. 7-8, pp. 952-956.

Comentario jurisprudencial sobre la carga de la prueba de la culpa en el ámbito médico. (*Alma R. G.*)

CZIUPKA J./KLIBISCH, J.: «Die Beschädigung der Kaufsache bei der Nachbesserung», *JuS*, 2008, núm. 10, pp. 855 ss.

El artículo examina la hipótesis de daños en la cosa comprada en caso de que haya sido retocada. (*B. T. G.*)

DELL'UTRI, M.: «Relazione incestuosa e danno. Appunti in tema di diritto e cultura», *RDC*, 2008, núm. 2, parte seconda, pp. 161-189.

Observaciones sobre la responsabilidad por daño moral ocasionado por relación incestuosa, a propósito de la sentencia *Tribunale di Venezia, sez. III, civ., 31 luglio 2006*. (*M. R. D. R.*)

DEMARCHI, P.: «Il leasing traslativo. Cronaca di una morte (non) annunciata», *GC*, 2008, núm. 9, pp. 441-453.

Análisis del arrendamiento financiero como contrato atípico. Creaciones jurisprudenciales de distintos tipos de *leasing*, financiero o de uso, e inicio de

regulación por la nueva normativa de quiebra, *art. 72, d. lgs. 9 enero 2006 n. 5. (M. R. D. R.)*

DEUBNER, K. G.: «Grenzen der Grundschuldhaftung», *JuS*, 2008, núm. 7 pp. 586 ss.

El artículo, teniendo en cuenta las circunstancias actuales, pretender dar respuesta a algunas de las preguntas suscitadas respecto de la responsabilidad derivada de la deuda hipotecaria, así como examinar una serie de casos. (*B. T. G.*)

D'ETTORE-DOMINICO, F.: «Natura e funzione del contratto alberghiero», *CI*, 2008, núm. 2, pp. 417-474.

Artículo sobre el régimen jurídico del contrato de hospedaje. (*Alma R. G.*)

DONNA, L. DI: «Difetto di informazioni e vizio di fabbricazione quali cause di responsabilità del produttore», *NGCC*, 2008, núms. 7-8, pp. 258-270.

Resarcimiento del daño moral por defecto de fabricación del producto. Tendencias actuales de la normativa de la responsabilidad del productor. (*Alma R. G.*)

DORE, C.: «Riflessioni in tema di stipulazione sotto nome altrui nei contratti a forma vincolata», *RTDPC*, 2008, núm. 3, pp. 939-952.

Reflexiones sobre los supuestos de contratos en nombre de otro, y relación con la teoría de la representación y la modernidad de la firma digital. (*M. R. D. R.*)

DUMERY, A.: «La sanction des actes passés par le mineur non émancipé : bilan et perspectives», *GP*, 2009, núm. 7-8, pp. 4-9.

Sanción del 1124 en casos de contratos realizados por el menor. Es una sanción de unicidad aparente, pues dependerá de la naturaleza del acto realizado. Nulidad o no según exija la protección del menor. (*I. S. P.*)

EIDENMÜLLER, H./FAUST, F./GRIGOLEIT, H. C./JANSEN, N./WAGNER, G./ZIMMERMANN, R.: «The Common Frame of Reference for European Private Law-Policy Choices and Codification Problems», *Oxford J. Legal Stud.*, 2008, vol 28, núm. 4, pp. 659-708.

Análisis crítico del articulado del *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, publicado a principios de 2008. Como es sabido, este documento, de carácter fundamentalmente académico, contiene reglas relativas a actos jurídicos y derecho de obligaciones, derecho de los contratos (parte general, cumplimiento e incumplimiento contractual, así como reglas específicas sobre algunos contratos concretos, como compraventa, arrendamiento, arrendamiento de bienes muebles, servicios, mandato, agencia, franquicia y distribución), garantías personales, gestión de negocios ajenos, derecho de la responsabilidad civil y enriquecimiento injusto. El tono del trabajo puede resumirse en la contundente declaración que sus autores realizan al comienzo de las conclusiones: a pesar de la inmensa hazaña realizada por los grupos académicos al obtener un cuerpo completo de reglas en tan breve tiempo, «el veredicto sobre el *Draft* publicado debe ser negativo». Entre los principales déficits señalados destacan la falta de precisión y de coherencia interna de algunas normas y conceptos; las restricciones a qué quedan sometidos el principio de autonomía privada y la libertad contractual de las partes; la integración en el *Draft* de las normas sobre protección de los consumidores per-

tenecientes al *acquis* comunitario, sin someterlas a revisión crítica alguna; el contraste de soluciones de carácter marcadamente conservador en la regulación de la compraventa, frente al carácter absolutamente innovador de las reglas relativas al contrato de servicios o a la responsabilidad extracontractual, entre otros aspectos. (*J. S. F.*)

ENNEKING, L.: «The Common Denominator of the Trafigura Case, Foreign Direct Liability and the Rome II Regulation», *ERPL*, núm. 2, 2008, pp. 283-312.

Basándose en el caso de la compañía energética holandesa Trafigura, se estudia el Reglamento (CE) 864/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, Relativo a la Ley Aplicable a las Obligaciones Extracontractuales («Roma II»), y la bondad de la regulación de las actividades internacionales de las sociedades multinacionales en lo que se refiere al Derecho de la responsabilidad extracontractual. (*M. G.-R.*)

ERNST, W.: «Der "Common Frame of Reference" aus juristischer Sicht», *AcP*, núms. 2-3, 2008, pp. 242-282.

Estudio más bien apresurado de los aspectos más destacables del Marco Común de Referencia, que, como pone de manifiesto el autor, todavía no existe como proyecto definitivo. (*M. G.-R.*)

FINOCCHIARO, G.: «Dei limiti al rilievo d'ufficio del mancato esperimento del tentativo obbligatorio di conciliazione (agraria e non soltanto)-osservazione a C. cost., ord. 26 ottobre 2007 n. 352», *GC*, 2008, núm. 5, pp. 1116-1118. (*M. R. D. R.*)

FOFFA, R.: «Il risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale in caso di lesioni ad un minorenne», *NGCC*, 2008, núms. 7-8, pp. 842-847.

Comentario sobre una sentencia novedosa, en cuanto la misma establece los criterios para la valoración del daño patrimonial y no patrimonial en aquellas hipótesis en que la víctima sea un menor de edad. (*Alma R. G.*)

FRANZINA, P.: «Il regolamento n. 864/2007/CE sulla legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali (Roma II)», *NLCC*, 2008, núm. 5, pp. 971-1044.

Revisión del Reglamento Roma II, en torno a su ámbito de aplicación, armonización con las Convenciones internacionales, el Derecho comunitario y las normas internas de los países miembros. Determinación de la ley aplicable, normas de conflicto y regulación de supuestos como la responsabilidad por vicios del producto, competencia desleal, daños medioambientales, violación de derechos de propiedad intelectual, leyes aplicables al enriquecimiento sin causa, gestión de negocios ajenos y responsabilidad precontractual. (*M. R. D. R.*)

GANDOLFI, G.: «Il diritto privato europeo agli inizi del terzo millennio: prospettive e problemi», *RDC*, 2008, núm. 2, parte prima, pp. 221-235.

Breves notas ante la incertidumbre de la unificación o armonización del Derecho privado europeo, en especial en material contractual. (*M. R. D. R.*)

GIACCHERO, G.: «Fumo attivo: nuove strategie e vecchi cliché», *NGCC*, 2008, núm. 5, pp. 570-576.

Polémica sobre la responsabilidad civil del fabricante de cigarrillos en caso de fumadores activos. (*Alma R. G.*)

GITTI, G.: «La tenuta del tipo contrattuale e il giudizio di compatibilità», *RDC*, 2008, núm. 5, parte prima, pp. 491-513.

Observaciones sobre la dicotomía protección del consumidor-mantenimiento de los tipos contractuales *standard* en el ámbito internacional: formas de control de prácticas abusivas. (*M. R. D. R.*)

GUCCIONE, A.V.: «I contratti di garanzia finanziaria», *NLCC*, 2008, núm. 4, pp. 799-841.

Extenso comentario del *d. lgs. 21 maggio 2004, n. 170*, sobre la aplicación de la Directiva 2002/47/CE, a los contratos de garantía de cumplimiento de obligaciones financieras: el contrato de prenda, cesión de créditos en garantía, transmisión de la propiedad de actividades financieras con función de garantía, garantías reales. Estudio de las partes del contrato, autoridad pública, entidades financieras, los sujetos receptores de la financiación; cláusulas específicas que regulan el contenido de la obligación y procedimiento de liquidación. (*M. R. D. R.*)

HENRICH, D.: «Il contratto in Europa», *RDC*, 2008, núm. 6, parte prima, pp. 643-655.

Reseña de la lección magistral impartida el 2 de mayo de 2008 en la Universidad de Mesina, por el Prof. V. Scalisi, en el ámbito de la iniciativa de la Cátedra Jean Monnet de Derecho Europeo de los Contratos: evolución de la teoría del contrato desde el Derecho Romano. (*M. R. D. R.*)

HOEREN, T.: «Die Umsetzung der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung-Konsequenzen für die Privatwirtschaft», *JZ*, 2008, núm. 13, pp. 668 ss.

El artículo se ocupa de la transposición de la Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE. Para ello tiene en cuenta la doctrina tanto del Tribunal Europeo como del Tribunal Constitucional Federal alemán, prestando especial atención a las consecuencias económicas para las empresas privadas. (*B. T. G.*)

HOUBEN, I.: «Public Service Obligations: Moral Counterbalance of Technical Liberalization Legislation?», *ERPL*, núm. 1, 2008, pp. 7-27.

El artículo examina si los deberes de la Administración Pública actúan como un contrapeso efectivo de la legislación liberalizadora en materia tecnológica, especialmente por lo que se refiere a la Directiva comunitaria de prestación sobre servicios. Respecto de las manifestaciones habidas contra tal «tecnocracia», el autor arguye que esos controles son necesarios para que los servicios de interés general sean accesibles a todos los ciudadanos de la Unión Europea a un precio razonable. (*M. G.-R.*)

IORIO, G.: «Clausole di stile, volontà delle parti e regole interpretative. Profili generali», *RDC*, 2008, núm. 6, parte prima, pp. 657-681.

Revisión de Derecho comparado, con la normativa y jurisprudencia francesa, de la naturaleza jurídica y efectos de las cláusulas de estilo respecto a la disciplina de interpretación de los contratos, en aras de entender la voluntad de las partes. (*M. R. D. R.*)

IZZO, N.: «Il regime transitorio delle locazioni abitative dettato dalla l. n. 431 del 1998-nota a Cass. 6 giugno 2008 n.15005», *GC*, 2008, núm. 10, pp. 2108-2113. (*M. R. D. R.*)

— «Il recesso del conduttore nelle locazioni non abitative e le condizioni di validità ed efficacia-nota a Cass. 9 marzo 2007 n. 5328 e a Cass. 16 gennaio 2007 n. 831», *GC*, 2008, núm. 5, pp. 1271-1277. (*M. R. D. R.*)

— «Sussidiarietà e solidarietà della responsabilità per cessione della locazione commerciale-osservazione a Cass. 20 aprile 2007 n. 9486», *GC*, 2008, núm. 4, pp. 1030-1033. (*M. R. D. R.*)

KADNER-GRAZIANO, Th.: «"All or Nothing" or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation», *ERPL*, núm. 6, 2008, pp. 1009-1042.

El principio tradicional en el Derecho de daños continental ha sido el «todo o nada» en cuanto a la obligación indemnizatoria. Sin embargo, los casos de cursos causales hipotéticos y pérdida de la oportunidad están poniendo en cuestión tal principio, pronunciándose el autor por una compensación parcial del posible daño; con todo, se hace notar que el problema no es daños, sino de causalidad alternativa. (*M. G.-R.*)

KIEHNLE, A.: «Gibt ein Aufrechnungsrecht des Hauptschuldners dem Bürgen eine Einrede gegen den nicht aufrechnungsberechtigten Gläubiger? Zur Auslegung des § 770 BGB und zum Innenverhältnis von Schuldner und Bürge», *AcP*, núm. 5, 2008, pp. 635-675.

Conforme al § 770 BGB, el fiador puede oponerse al pago en la medida en que el acreedor puede satisfacerse mediante la compensación de un crédito vencido del deudor principal. Lo que no dice el BGB es si el fiador puede oponer la compensación de un crédito del deudor principal respecto del que no cabe la compensación por el acreedor. El autor opta por la negativa. (*M. G.-R.*)

KIENINGER, E.-M.: «Die Zukunft des deutschen und europäischen Mobiliarkreditsicherungsrechts», *AcP*, núms. 2-3, 2008, pp. 182-226.

El Derecho de las garantías mobiliarias se encuentra en movimiento en muchos ordenamientos nacionales y, de hecho, en todo el mundo. Esto no se nota mucho todavía en el ámbito europeo. La autora investiga en qué medida el legislador alemán y europeo deberían seguir las tendencias internacionales, modificando o armonizando los Derechos nacionales. El trabajo tiene en cuenta también la cuestión cuando se acuerdan garantías mobiliarias en el ámbito interestatal. (*M. G.-R.*)

KOHLER, J.: «Bereicherungshaftung nach Rücktritt-eine verdrängte Verdrängung und ihre Folgen», *AcP*, núm. 4, 2008, pp. 417-450.

El § 436.1 BGB establece que en caso de resolución de un contrato de consumo, por haberse reservado una de las partes ese derecho, o por conce-

derlo la ley, el consumidor debe restituir la prestación y los frutos de la misma. Pero, además, el pf. 3, 2 señala que la restitución se aplica sin perjuicio de la aplicación de las normas sobre enriquecimiento injustificado. El autor discute los casos de posible aplicación de este último inciso. (M. G.-R.)

KROPFENBERG, I.: «Mythos Kodifikation-Ein rechtshistorischer Streifzug», *JZ*, 2008, núm. 19, pp. 905 ss.

El autor expone una visión crítica sobre el proceso de codificación civil decimonónica. (B. T. G.)

LATTA D./RADEMACHER, L.: «Der gutgläubige Zweiterwerb», *JuS*, 2008, núm. 12, pp. 1052 ss.

Los autores ofrecen una visión general del supuesto de adquisición de buena fe en la hipótesis de doble venta. (B. T. G.)

LERACH, M.: «Anspruch des Käufers auf Verwendungsersatz nach § 347 II 1 BGB bei Selbstwornahme der Mängelbeseitigung», *JZ*, 2008, núm. 19, pp. 925 ss.

El autor analiza el derecho del comprador a la indemnización del uso con fundamento en el § 347 II 1 BGB (*Nutzungen und Verwendungen nach Rücktritt*) en el supuesto de arreglo por él del defecto. (B. T. G.)

LORENZ, S.: «Grundwissen-Zivilrecht: Aufwendungsersatz (§ 284 BGB)», *JuS*, 2008, núm. 8 pp. 673 ss.

El artículo analiza la pretensión de indemnización de gastos de acuerdo con lo establecido en el § 284 BGB (*Ersatz vergeblicher Aufwendungen*). (B. T. G.)

— «Grundwissen-Zivilrecht: Aufrechnung (§§ 387 ff. BGB)», *JuS*, 2008, núm. 11, pp. 951 ss.

El artículo analiza la regulación de la compensación en el BGB (§§ 387 y ss.). (B. T. G.)

MAFFEIS, D.: «Libertà contrattuale e divieto di discriminazione», *RTDPC*, 2008, núm. 2, pp. 401-434.

Estudio sobre el futuro del «Derecho contractual antidiscriminatorio», partiendo de su origen y fundamento, y reflexionando sobre la convivencia con el principio de libertad contractual, y la determinación del momento de aplicación. Relación con asociaciones y sociedades, y aplicación al daño moral y al papel de las asociaciones de consumidores. (M. R. D. R.)

MALINVAUD, Ph.: «Prescription et responsabilité des constructeurs après la réforme du 17 juin 2008», *RDImm*, 2008, núm. 8, pp. 368-375.

Consecuencias de los cambios de plazo para exigir responsabilidad a los contratistas y subcontratistas tras la Ley de 17 de junio de 2008. Nuevo plazo de diez años desde la recepción del trabajo. (R. A. R.)

MANCUSO, F.: «Assicurazione per la responsabilità civile, professione forense e curatela fallimentare: una singolare e problematica triangolazione - nota a Cass. 15 febbraio 2007 n. 3468», *GC*, 2008, núm. 11, pp. 2588-2591. (M. R. D. R.)

MANKOWSKI, P./SCHREIER, M.: «Zum Begriff des Wertes und des üblichen Preises, insbesondere in § 818 Abs. 2 BGB. Zugleich zur Verzahnung von Zivil- und Kartellrecht», *AcP*, núm. 6, 2008, pp. 725-776.

En materia de enriquecimiento injustificado establece el § 818.2 BGB que si no es posible la restitución *in natura*, se ha restituir el «valor» de lo recibido. La doctrina alemana está dividida entre un concepto de valor objetivo o subjetivo, es decir, el que tiene para el receptor. Los autores de este artículo se decantan por el criterio objetivo, pero para determinar el valor objetivo o de mercado acuden a las normas sobre competencia desleal, pues ahí es donde se ha estudiado con más profundidad el concepto de «mercado» desde un punto de vista jurídico. (*M. G.-R.*)

MANNINO, V.: «Cessione del credito e novazione soggettiva dal lato attivo», *RDC*, 2008, núm. 6, parte seconda, pp. 695-726.

Revisión crítica de la figura de la cesión de créditos, según la perspectiva doctrinal y jurisprudencial italiana: naturaleza jurídica, participación del deudor. (*M. R. D. R.*)

LA MARCA, G.: «Costituzione di diritti personali di godimento e difetto di registrazione: legittima la previsione della nullità del contratto», *NGCC*, 2008, núm. 5, pp. 594-600.

Comentario jurisprudencial acerca de la nulidad del contrato de arrendamiento de vivienda en caso de que éste no esté inscrito. (*Alma R. G.*)

— «Nullità urbanistiche e preliminare di vendita di immobili abusivi: inammissibile l'esecuzione ex art. 2932 cod. civ.», *NGCC*, 2008, núm. 6, pp. 701-707.

Comentario jurisprudencial sobre la nulidad del contrato preliminar de compraventa de un inmueble a construir cuando no se consiguen obtener todas las condiciones precisas para la construcción a la luz de la normativa urbanística. (*Alma R. G.*)

MARCOS FERNÁNDEZ, F./SÁNCHEZ GRAELLS, A.: «Towards a European Tort Law? Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: Harmonizing Tort Law through the Back Door?», *ERPL*, núm. 3, 2008, pp. 469-488.

La Comisión de las Comunidades Europeas aprobó en diciembre de 2005 un «Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia». Los autores consideran que puede ser un buen punto de partida para una armonización comunitaria sobre responsabilidad extracontractual. Hay que añadir al artículo comentado que en abril de 2008 se publicó un «Libro Blanco» sobre el mismo asunto. (*M. G.-R.*)

MARINI, R.: «Adulterio della moglie e moralismo del giudice-nota a Cass. 28 maggio 2008 n. 14093», *GC*, 2008, núm. 10, pp. 2116-2118. (*M. R. D. R.*)

MARRO, B.: «Brevi notazioni sulla discussa natura delle "stipes Missae"», *DFP*, 2008, núm. 3, pp. 1128-1138.

Comentario jurisprudencial sobre el derecho al resarcimiento del daño no patrimonial por parte del cónyuge de un difunto, cuando el párroco ha cele-

brado una misa por el alma del difunto en hora diversa a la pedida por el fiel, que, como consecuencia, no pudo acudir a la misma. (*Alma R. G.*)

MARULLO, S.: «Considerazioni in tema di equità e spazio giuridico autonomo (a proposito di Cass., sez. un., n. 18128/2005)», *RDC*, 2008, núm. 2, parte seconda, pp. 191-209.

Reflexión sobre la aplicación de la equidad en las decisiones judiciales, en especial en materia contractual, para revisar las cláusulas penales abusivas, y en general las prácticas abusivas en todos los tipos de contratos. (*M. R. D. R.*)

MATTEIS, R., DE: «La responsabilità della struttura sanitaria per danno da emotrasfusione», *NGCC*, 2008, núm. 5, pp. 616-623.

Comentario jurisprudencial en torno a la responsabilidad de las entidades sanitarias por el daño originado a paciente por una transfusión sanguínea, en especial, análisis del régimen probatorio de la culpa de la entidad. (*Alma R. G.*)

MAZZOLO, M.: «Clausola penale: irragionevolezza della riduzione ex officio», *NGCC*, 2008, núm. 5, pp. 549-553.

Comentario jurisprudencial en torno al control de la cláusula penal, control que se sitúa entre la autonomía privada y el paternalismo judicial. (*Alma R. G.*)

MIGNOT, M.: «Construction, troubles de voisinage et obligations in solidum», *RDImm*, 2008, núm. 9, pp. 408-421.

Problema de la obligación solidaria respecto de la víctima en caso de daños por varios sujetos. Obligación del contratista, problemas de subrogación y modificación convencional de la carga de reparar el daño. Derecho positivo y soluciones de *lege ferenda*. (*I. S. P.*)

MIRIELLO, C.: «La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?», *CI*, 2008, núm. 2, pp. 284-295.

La buena fe en cuanto regla para la validez de los contratos; estudio de algunos casos codificados de relevancia de la buena fe y de la justicia contractual a los fines de la validez del contrato. (*Alma R. G.*)

MÖLLERS, T. M. J./MÖHRING, A.: «Recht und Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bei generellem Umsetzungswillen des Gesetzgebers», *JZ*, 2008, núm. 19, pp. 919 ss.

La contribución examina la decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto C-404/06 (*Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*) a propósito de su posible conciliación con la dogmática nacional. En el supuesto, el *Bundesgerichtshof* había planteado una petición de decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 3 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 a propósito de la posibilidad del vendedor, concedida por la legislación nacional, de reclamar al consumidor una indemnización por el disfrute del bien no conforme al contrato de venta durante el período anterior a la sustitución. De acuerdo con el tribunal europeo, el artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al vendedor, en caso de haber vendido un bien de consumo que no es confor-

me con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien. (B. T. G.)

MORLET-HAIDARA, L.: «La dépendance: un nouveau défi pour l'assurance», *GP*, 2009, núm. 14-15, pp. 3-9.

La situación de dependencia y su influencia en los seguros frente a la situación anterior de defensa y promoción de la independencia personal. Necesidades de cobertura del riesgo de dependencia y su repercusión en la prima del seguro. Modalidades de cobertura. Desarrollo en el Derecho francés que va segundo tras el derecho de Estados Unidos en este tipo de modalidad de seguro. (I. S. P.)

MOROZZO, F.: «Il valore effettivo della causa e la liquidazione degli onorari a carico del cliente-osservazione a Cass. 11 marzo 2008 n. 6454», *GC*, 2008, núms. 7-8, pp. 1678-1679. (M. R. D. R.)

NAPPI, G.: «Le sezioni unite su regole di validità, regole di comportamento e doveri informativi-nota a Cass., sez. un., 19 dicembre 2007 n. 26724», *GC*, 2008, núm. 5, pp. 1189-1196. (M. R. D. R.)

NARDI, S.: «Contratto di viaggio "tutto compreso" e irrealizzabilità della sua funzione concreta», *NGCC*, 2008, núm. 5, pp. 542-546.

Consecuencias jurídicas de la existencia de un impedimento personal del viajero para la realización del contrato de viaje combinado (en concreto, en la sentencia comentada en el artículo el turista está aquejado de una grave depresión). (Alma R. G.)

NATTUCI, A.: «L'annullabilità parziale del contratto», *RDC*, 2008, núm. 5, parte seconda, pp. 569-601.

De nuevo, sobre la anulabilidad parcial del contrato y su extensión a la totalidad del negocio, si las partes no lo hubieran celebrado sin las cláusulas anulables: artículo 1419 cc. (M. R. D. R.)

NELA, P. L.: «L'inesistenza della convenzione arbitrale rituale dopo la riforma», *RTDPC*, 2008, núm. 3, pp. 973-992.

Reflexiones sobre la figura del arbitraje, tras la reforma introducida por el *d. lgs. 2 febbraio 2006, n. 40*, y la «inexistencia del convenio arbitral». (M. R. D. R.)

OPPO, G.: «Profili giuridici dei confini artificiali imposti alla vita umana», *RDC*, 2008, núm. 4, parte prima, pp. 371-377.

Observaciones acerca de las consecuencias jurídicas del suicidio, en particular, referencias a la eutanasia, y a los efectos sobre los contratos de seguro de vida. (M. R. D. R.)

PALUMBO, A. : «Il danno risarcibile», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 2, pp. 579-585.

Se trata de la reseña al VII Congreso Internacional Aristec celebrado bajo el mismo título los días 14 a 16 de junio de 2007 por iniciativa de la Profesora Letizia Vacca, Presidente del *Centro di eccellenza in diritto europeo «Giovanni Pugliesi»*.

El autor da cuenta de las intervenciones referidas a algunas cuestiones fundamentales del tema tratado en diversos Ordenamientos jurídicos (Francia, Alemania y España), a la lesión del derecho de crédito por terceros, y a la distinción entre daño patrimonial y daño no patrimonial en el *Common Law*. (B. F. G.)

PATTI, S.: «Parte generale del contratto e norme di settore nelle codificazioni», *RTDPC*, 2008, núm. 3, pp. 735-749.

Reflexiones acerca del Derecho contractual a la vista de los trabajos preparatorios de un futuro Derecho contractual europeo: parte general, contratos típicos, revisión comparada de las reformas del derecho contractual francés y alemán. (M. R. D. R.)

PERA, A.: «La Direttiva sulle pratiche commerciali sleali tra tutela del consumatore e disciplina della concorrenza», *RDC*, 2008, núm. 4, parte seconda, pp. 485-521.

Reflexiones sobre competencia desleal y protección de consumidores, a propósito de la Directiva de la Unión Europea, transpuesta en Italia con el *d. legisl. n. 146/2007*: principios generales y evolución en el marco de la Unión Europea. (M. R. D. R.)

PÉRINET-MARQUET, H.: «Le décret du 16 décembre 2008 relatif à la vente d'immeubles à rénover», *RDImm*, 2009, núm. 2, pp. 80-89.

Estudio del decreto sobre venta de inmuebles para renovar. Análisis de su campo de aplicación, precontrato y contenido del contrato de venta, ejecución del contrato por el vendedor y pago del precio por el comprador. (I. S. P.)

PFEIFFER, Th.: «Methodik der Rechtsangleichung in der EU. Der gemeinsame Referenzrahmen zum europäischen Vertragsrecht», *AcP*, núms. 2-3, 2008, pp. 227-247.

El método de armonización del Derecho en la Unión Europea, a propósito del Marco Común de Referencia en el Derecho contractual Europeo. El autor pone de manifiesto las dificultades de esta unificación, acudiendo también a los problemas de armonización entre los distintos Estados de los Estados Unidos de Norteamérica. (M. G.-R.)

PORRELLO, V.: «Il diritto di verifica del committente nel contratto di appalto», *GC*, 2008, núm. 2, pp. 91-108.

Análisis de los artículos 1662, 2665 y 1666 C.c., sobre verificación por el comitente de la actividad del contratista, en las diferentes fases de ejecución del contrato de obra. (M. R. D. R.)

PRADUROUX, S.: «The European Convention on Human Rights and Environmental Nuisances», *ERPL*, núm. 2, 2008, pp. 269-281.

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la responsabilidad de los Estados por los daños ambientales en relación con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Teniendo en cuenta que el artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio no recoge un derecho a disfrutar de un medio ambiente agradable, sólo podrían emprenderse acciones con éxito en caso de daños a sujetos particulares, de acuerdo con el artículo 8 del susodicho Convenio. (M. G.-R.)

PRIGENT, S.: «Le dualisme dans l'obligation», *RTDC*, 2008, núm. 3, pp. 401-415.

Análisis del concepto de obligación como deber y compromiso entre las partes. Análisis de los términos según la doctrina francesa. (*I. S. P.*)

QUERCI, A.: «La rilevanza della prescrizione nella responsabilità extracontrattuale per danni da emotrasfusioni ed emoderivati», *NGCC*, 2008, núm. 5, pp. 635-642.

Daños ocasionados por contagio de sangre infectada a través de una transfusión: una ocasión para repensar el problema del *dies a quo* de la prescripción de la responsabilidad. (*Alma R. G.*)

RAINERI, E.: «L'ambigua nozione di prodotto difettoso al vaglio della Corte di Cassazione italiana e delle altre Corti Europee», *RDC*, 2008, núm.5, parte seconda, pp. 623-645.

Observaciones sobre la eficiencia del sistema jurídico italiano en el ámbito de la responsabilidad civil por productos defectuosos, tras la Directiva comunitaria 374/1985: criterios de distribución de la carga de la prueba de la situación defectuosa del producto, en relación con la conducta del perjudicado y del empresario-fabricante del producto. (*M. R. D. R.*)

RICCIO, A.: «L'azione collettiva risarcitoria non è, dunque, una *class action*», *CI*, 2008, núm. 2, pp. 500-527.

Diferencias sustanciales y procesales entre la *class action* y la nueva acción colectiva resarcitoria del Ordenamiento jurídico italiano, que ha sido introducida por el artículo 2 párrafo 446, de la Ley de 24 de diciembre de 2007, núm. 244, en el artículo 140-2-bis del Código de Consumo. (*Alma R. G.*)

RISPOLI, G.: «Incremento del prezzo, vessatorietà e diritto di recesso», *NGCC*, 2008, núm. 4, pp. 428-431.

Comentario jurisprudencial acerca del derecho de desistimiento del consumidor ex artículo 1469 bis, *comma* 3.º, núm. 13, del Código civil italiano, en caso de existencia de una cláusula del contrato, posiblemente abusiva, en la que se permita al profesional aumentar el precio del bien o servicio. (*Alma R. G.*)

ROPPO, V.: «Responsabilità oggettiva e funzione deterrente. Note sparse», *NGCC*, 2008, núm. 9, pp. 288-299.

La responsabilidad civil objetiva hoy. La responsabilidad objetiva en los Principios Europeos de la Responsabilidad Civil. Responsabilidad objetiva y prevención de los daños: dos conceptos no perfectamente definidos. (*Alma R. G.*)

ROSSETTI, M.: «Danno morale e danno esistenziale: "Stat Roma pristina nomine, nomina nuda tenemus"-nota a Cass. 30 ottobre 2007 n. 22884», *GC*, 2008, núm. 11, pp. 2455-2459. (*M. R. D. R.*)

RUFFINI, M.: «Cassette di sicurezza e responsabilità della banca: il problema in proiezione europea», *RDC*, 2008, núm. 6 parte seconda, pp. 727-746.

Reflexiones sobre la naturaleza jurídica del servicio de Cajas de Seguridad ofrecido en el ámbito bancario y su integración en el Código Europeo de Contratos: modelo italiano y francés. (*M. R. D. R.*)

RUPPERTO, S.: «L'azione collettiva risarcitoria in Italia: osservazioni de iure condendo», *GC*, 2008, núm. 11, pp. 501-521.

Estudio de la posibilidad de ejercitar la acción resarcitoria de daños de forma colectiva, por asociaciones o grupo de consumidores afectados, al hilo de la reforma introducida en la ley de 2007, por la ley financiera de 2008. (*M. R. D. R.*)

RUTGERS, J./SEFTON-GREEN, R.: «Revising the Consumer Acquis: (Half) Opening the Doors of the Trojan Horse», *ERPL*, núm. 3, 2008, pp. 427-442.

La Comisión de las Comunidades Europeas ha publicado el 8 de febrero de 2007 un «Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo». El artículo se muestra muy crítico con tal documento, tanto respecto de las cuestiones tratadas, como de la transparencia y el eventual logro de un nivel adecuado de protección del consumidor. (*M. G.-R.*)

SABATINI, F.: «La valutazione dei vantaggi di una diversa prestazione del professionista: una nuova ipotesi di responsabilità dell'avvocato?-nota a Cass. 18 aprile 2007 n. 9238», *GC*, 2008, núm. 9, pp. 2019-2027. (*M. R. D. R.*)

SANDULLI, P.: «In tema di azione diretta nella procedura di indennizzo», *GC*, 2008, núm. 9, pp. 433-439.

Observaciones respecto a la adecuación de la normativa comunitaria sobre contratos de seguros al ordenamiento jurídico italiano, a través del *d. lgs. 7 settembre 2005, n. 209* (Código de Contratos de Seguros). Divergencias interpretativas de los artículos 149 y 150 de dicha normativa, respecto a la responsabilidad directa de las compañías de seguros de vehículos de motor. (*M. R. D. R.*)

SERIO, M.: «Tendenze evolutive nella configurazione dell'illecito», *DFP*, 2008, núm. 3, pp. 1419-1435.

Novedades en la materia del ilícito civil extracontractual: la injusticia del daño como criterio aún resistente en la afirmación de responsabilidad ex artículo 2043 del CC, legitimación de los familiares para reclamar el resarcimiento del daño por muerte del propio ascendiente en línea recta como consecuencia del hecho ilícito de un tercero, el daño existencial como daño no patrimonial, la prueba del daño no patrimonial resarcible... (*Alma R. G.*)

SGANGA, C.: «Aspettando Godoy, ovvero la presunta fine della saga del danno esistenziale», *NGCC*, 2008, núm. 6, pp. 713-720.

Comentario jurisprudencial acerca de si debe o no resarcirse el daño biológico, que es una categoría del derecho a la persona en el Ordenamiento jurídico italiano. (*Alma R. G.*)

SIMLER, Ch.: «Le droit aux intérêts du créancier subrogé», *SJ*, 2009, núm. 7, chr. 113, pp. 18-22.

Estudio crítico a la doctrina de la Corte de Casación francesa que defiende el derecho del subrogado a los intereses producidos según la tasa legal, con independencia de la tasa de interés convenida. Desigualdad entre subrogante y subrogado. Propuestas de solución doctrinal. (*R. A. R.*)

SIRENA, P.: «La portabilità del mutuo bancario o finanziario», *RDC*, 2008, núm. 4, parte prima, pp. 449-479.

Estudio de la subrogación crediticia por voluntad del deudor, tras la reforma del artículo 8, *d. l. n. 7/2007*, por la *l. n. 40/2007* y el artículo 2. 450 de la *l. 24 de diciembre de 2004, n. 244 (legge finanziaria 2008)*: ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, excepciones oponibles al acreedor subrogado, tutela del empresario hipotecario o pignoraticio. (*M. R. D. R.*)

SMORTO, G.: «Efficient and Justice in European Contract Law», *ERPL*, núm. 6, 2008, pp. 925-948.

El artículo se centra en el debate político entre las tendencias liberales que defienden políticas dirigidas a favorecer la libertad de mercado y las de izquierda que apoyan más decididamente la protección de los consumidores. (*M. G.-R.*)

SOMMA, A.: «Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali», *RTDPC*, 2008, núm. 4, pp. 1097-1132.

Reflexiones sobre el Marco Común de Referencia, como borrador de un futuro Derecho Contractual Europeo, que contiene definiciones, conceptos generales y reglas generales, que deben recoger y armonizar el Derecho contractual de los distintos Estados Miembros de la Unión Europea, sus principios comunes y sus modelos y tradiciones sociales. Observaciones en cuanto a la forma de aplicación, como *Soft Law* o *Hard Law*. Referencia concreta al grupo de estudio *Joint Network on European Private Law*. (*M. R. D. R.*)

SPADAFORA, A.: «Spunti sull'immediata morfogenesi dell'azione collettiva risarcitoria», *GC*, 2008, núms. 7-8, pp. 353-357.

Reflexiones doctrinales y jurisprudenciales sobre el ejercicio de la acción colectiva resarcitoria en el ámbito de la tutela de los consumidores. (*M. R. D. R.*)

SPAGNUOLO, D.: «L'insolvenza del consumatore», *CI*, 2008, núm. 3, pp. 668-699.

Estudio sobre el endeudamiento actual del consumidor y los posibles instrumentos de tutela existentes ante tal problema. (*Alma R. G.*)

STEELE, J.: «Damages in Tort under the Human Rights Act: Remedial or Functional Separation», *Cambridge L. J.*, 2008, vol. 67, núm. 3, pp. 606-634.

Análisis crítico sobre el verdadero impacto de la *Human Rights Act 1998* sobre la protección aquiliana de los derechos fundamentales. La autora constata que los remedios tradicionales del Derecho de la responsabilidad civil no son tan limitados como suele mantenerse, al tiempo que la mencionada ley no habría dado lugar a una ampliación del daño resarcible o de las posibilidades de obtener una compensación por vulneración de derechos fundamentales. (*J. R. I.*)

STIEPER, M.: «Gefahrtragung und Haftung des Verkäufers bei Versendung fehlerhaft verpackter Sachen», *AcP*, núm. 6, 2008, pp. 818-846.

Conforme al § 446 BGB, el riesgo de la cosa en la compraventa lo sufre el comprador desde la entrega; si la venta exige el envío de la cosa, el riesgo se traslada al comprador desde la entrega al transportista (§ 447). Sin embar-

go, no está clara la responsabilidad del vendedor y el traslado de los riesgos si la cosa no estaba empaquetada correctamente. (*M. G.-R.*)

SPINDLER, G.: «Kausalität im Zivil- und Wirtschaftsrecht», *AcP*, núms. 2-3, 2008, pp. 283 ss.

Estudio de la causalidad en materia de responsabilidad civil, centrándose en los casos más complejos, como la pérdida de oportunidad o la causalidad en las decisiones de órganos pluripersonales. El autor defiende que el concepto de causalidad es meramente probabilístico. A juicio de quien esto recensiona habría que distinguir el aspecto epistemológico del aspecto ontológico de la causalidad; una cosa es no saber con certeza por nuestros conocimientos limitados y otra que la causalidad en sí sea una cuestión de probabilidad (al menos, en la mecánica newtoniana). (*M. G.-R.*)

STREMITZER, A.: «Haftung bei Unsicherheit des hypothetischen Kausalverlaufs. Berechnungsmethoden am Beispiel der Arzhaftung», *AcP*, núm. 5, 2008, pp. 676-698.

La responsabilidad en caso de inseguridad de los cursos causales hipotéticos y los distintos métodos de valoración del daño, tomando como ejemplo la responsabilidad médica. (*M. G.-R.*)

SWADLING, W.: «Ignorance and Unjust Enrichment: The Problem of Title», *Oxford J. Legal Stud.*, 2008, vol. 28, núm. 4, pp. 627-658.

El artículo plantea si la víctima a quien roban la cartera, puede ejercitar una acción por enriquecimiento injusto contra el carterista, además de las otras vías tradicionalmente previstas por el Derecho inglés. A favor de esta posibilidad se inclinaría la asimilación del supuesto de hecho al pago hecho por error. Sin embargo, en opinión de SWADLING, dicha equiparación no resulta procedente, pues mientras que en el pago por error el título se ha transmitido al demandado, en el supuesto del carterista el título sigue en poder de la víctima. Ello descarta que pueda hablarse técnicamente de enriquecimiento del carterista y correlativo empobrecimiento de la víctima. (*J. S. F.*)

TODESCHINI, A.: «Comodato senza determinazione di durata e recesso in caso di necessità», *NGCC*, 2008, núm. 10, pp. 1138-1145.

Los elementos esenciales del contrato típico de comodato y la interpretación de los mismos por el Tribunal Supremo italiano. Análisis del derecho de desistimiento por parte del comodante cuando se está ante un contrato de comodato sin fecha determinada de duración y ante un caso de necesidad. (*Alma R. G.*)

TOMMASINI, D.: «La nozione di operatore qualificato tra requisiti obiettivi e dichiarazioni autoreferenziali», *RDC*, 2008, núm. 3, parte seconda, pp. 313-334.

Observaciones sobre las reglas de conducta de intermediarios financieros, como operadores cualificados o peritos en intermediación financiera, a la luz del artículo 31 del Reglamento 1 de julio de 1998, n. 11522 y Directiva 39/2004/CE. (*M. R. D. R.*)

TOTI, E.: «La forma del contratto nel diritto della Repubblica popolare cinese», *GC*, 2008, núm. 1, pp. 49-65.

Revisión del requisito de la forma en el contrato, en el Derecho de Obligaciones chino. Especial referencia a la contratación electrónica y apuntes comparativos con el derecho codificado del sistema romanístico. (*M. R. D. R.*)

TURTON, G.: «Defining Damage in the House of Lords», *M. L. R.*, 2008, vol. 71, núm. 6, pp. 987-1014.

Nota sobre el reciente caso *Rothwell v Chemical and Insulating Co Ltd* [2007] UKHL 39, sobre resarcimiento de daños por aparición de placas pleurales asintomáticas por exposición al amianto. En este caso, el más alto tribunal inglés declaró que el cambio médicamente constatado en la constitución física del sujeto no constituye daño a los efectos de la responsabilidad civil en el *tort* de *negligence*. La autora aplaude la decisión, que comporta dejar sin indemnizar la mera angustia de padecer alguna enfermedad derivada de la exposición al amianto, solución que se justifica porque el daño debe ser actual y no consistir en el mero riesgo de padecerlo. (*J. R. I.*)

UGOLINI, S.: «L'abuso del potere legislativo e la responsabilità aquiliana dello Stato», *CI*, 2008, núm. 3, pp. 646-667.

Artículo acerca del debatido dogma de la inmunidad del Estado-legislador: el ilícito del legislador por la omisión o anómala actuación respecto al Derecho comunitario, y por la falta de respeto de las obligaciones internacionales. (*Alma R. G.*)

VALCKE, C.: «Convergence and Divergence of the English, French, and German Conceptions of Contract», *ERPL*, núm 1, 2008, pp. 29-62.

Examen del contrato desde el punto de vista de los Derechos inglés, francés y alemán; en especial, sobre la eficacia de la voluntad real o la declaración en la conclusión del contrato. (*M. G.-R.*)

VASSELIN, A.: «Doit-on amortir le droit au bail ou le pas-de-porte pour apprécier la valeur locative de marché?», *GP*, 2009, núm. 37-38, pp. 16-17.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de apelación de París de 22 de octubre de 2003, favorable a dicha amortización. Críticas del autor atendiendo a datos matemáticos. (*I. S. P.*)

VENCHIARUTTI, A.: «Invecchiando non si torna bambini? Ipotesi di responsabilità civile di una casa di riposo», *NGCC*, 2008, núm. 4, pp. 508-511.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad civil de los servicios psiquiátricos en relación a los daños injustos sufridos por un paciente, o respecto a los daños ocasionados por este último a terceros. (*Alma R. G.*)

VETTORI, G.: «Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore», *RTDPC*, 2008, núm. 3, pp. 751-789.

Observaciones sobre el futuro Derecho Contractual Europeo y la necesidad de elaborar principios y reglas generales flexibles que se adecuen al modelo social europeo. Aplicación a la parte general contractual y a la diversa tipología de los contratos. (*M. R. D. R.*)

VIRDAGAMO, P.: «Il dolo incidente», *GC*, 2008, núm. 2, pp. 67-89.

Revisión del dolo como vicio del consentimiento contractual a propósito del nuevo proyecto de Código de Derecho Contractual Europeo. (*M. R. D. R.*)

— «Variazioni in corso d'opera nel contratto di appalto e rinegoziazione delle condizioni contrattuali», *GC*, 2008, núm. 1, pp. 11-48.

Revisión de derecho comparado del principio de invariabilidad del objeto del contrato de obra: determinación del límite de variaciones previsibles durante la ejecución de la obra, sujetos legitimados para autorizar variaciones durante la ejecución, tipos de variaciones. (*M. R. D. R.*)

VITO RUSSO, T.: «Le vicende negoziali nella finanza di progetto», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 2, pp. 418-472.

El *project financing* es una operación compleja en la que confluyen procedimientos administrativos, financieros e industriales cuya finalidad es la realización de obras públicas. La operación consta de varias fases que se desarrollan conforme a principios de Derecho Público, como el interés general, que limitan el poder del sujeto privado que contrata con la administración, y principios civiles, como la buena fe, que modalizan la actividad de la Administración Pública.

El objetivo del presente artículo consiste en analizar las diversas fases de las que consta el *project financing* prestando especial atención a los supuestos de conflicto entre la Administración Pública y el sujeto privado, cuya solución pasa necesariamente por evaluar los principios de Derecho Público y Privado que entran en juego en cada caso. (*B. F. G.*)

VON DER PFORDTEN, D.: «Was ist Recht? Ziele und Mittel», *JZ*, 2008, núm. 13, pp. 641 ss.

El artículo intenta aclarar desde una perspectiva filosófica qué es el derecho. La tesis central del autor se resume en la siguiente idea: la comprensión del derecho sólo puede alcanzarse considerando sus fines y sus recursos. (*B. T. G.*)

VV. AA.: «Réparation du dommage corporel», *GP*, 2009, núm. 30-31.

Estudios varios sobre la influencia del médico y el abogado en supuestos de daños corporales y su reparación a la víctima. Influencia psíquica de los daños a la víctima. Supuestos prácticos de daños presentados por los abogados de la Asociación nacional de abogados de víctimas de daños corporales (ANADAVI). (*I. S. P.*)

WELLER, M.-P.: «Die Struktur des Erfüllungsanspruchs im BGB, common law und DCFR-ein kritischer Vergleich», *JZ*, 2008, núm. 19 pp. 925 ss.

El artículo compara el concepto de pretensión del BGB con el concepto de remedio del *common law* y, sobre estas bases, valora las reglas contenidas en el Proyecto de Marco Común de Referencia (DCFR). (*B. T. G.*)

ZENNO-ZENCOVICH, V.: «Una commedia degli errori? La responsabilità medica fra illecito e inadempimento», *RDC*, 2008, núm. 3, parte seconda, pp. 297-340.

Extenso estudio de derecho comparado y jurisprudencial sobre la responsabilidad civil médica: evolución histórica en Italia, consentimiento informado, plazos de prescripción, naturaleza de la obligación de los médicos. (*M. R. D. R.*)

ZOPPINI, A.: «Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza», *RDC*, 2008, núm. 5, parte prima, pp. 515-541.

Observaciones críticas sobre el contenido económico y normativo en la teoría general del contrato y sus especialidades respecto a contratación entre empresarios o con consumidores. (*M. R. D. R.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BOSCHI, D.: «L'usucapione della nuda proprietà tra *obiter dicta* e *ratio decidendi*», *NGCC*, 2008, núms. 7-8, pp. 973-979.

La problemática configuración de un poder fáctico a imagen de la nuda propiedad cara a la usucapición; los indicios de la posesión del nudo propietario en la doctrina y en la jurisprudencia. (*Alma R. G.*)

CALICE, E.: «Condizione dell'estinzione del mutuo ed obbligo di cancellazione dell'ipoteca iscritta», *NGCC*, 2008, núm. 4, pp. 454-458.

Comentario jurisprudencial sobre la obligación de cancelación de la hipoteca en caso de extinción parcial del contrato de préstamo. (*Alma R. G.*)

COMPORATI, M.: «La proprietà europea e la proprietà italiana», *RDC*, 2008, núm. 2, parte prima, pp. 189-206.

Revisión del derecho real de propiedad en la Convención europea de los Derechos Humanos, y en la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Análisis comparativo con el concepto de propiedad de la legislación italiana, en relación con el criterio de la función social. (*M. R. D. R.*)

COSTANZA, M.: «Possesso e risarcimento del danno-nota a Cass. 3 luglio 2007 n. 15233», *GC*, 2008, núm. 2, pp. 412-414. (*M. R. D. R.*)

— «L'azione possessoria non è orfana di giurisdizione-nota a C ss. sez. un., 8 maggio 2007 n. 10375», *GC*, 2008, núm. 1, pp. 190-191. (*M. R. D. R.*)

DUNI, G.: «Indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospenso – nota a C. cost. 24 ottobre 2007 n. 348 e 349», *GC*, 2008, núm. 1, pp. 53-63. (*M. R. D. R.*)

D'ANNIBALE, M.: «Brevi riflessioni sulla c.d. proprietà scientifica», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 4, pp. 471-479.

Artículo que reflexiona, a raíz de una reciente resolución del Tribunal Supremo holandés, sobre si la propiedad científica puede ser objeto de la protección otorgada por la normativa reguladora del derecho de autor. (*Alma R. G.*)

DOWNES, N.: «More about Timeshare: A Revised Directive or a Regulation? Incidence of Other Instruments of Consumer Protection», *ERPL*, núm. 4, pp. 607-627.

Esta profesora de la Universidad de La Laguna estudia el aprovechamiento por turno de bienes en relación con la protección de los consumidores. Se estudia en especial el Proyecto de nueva Directiva adoptado por la Comisión Europea en 2007, que aumenta la protección de los consumidores y la extiende a otros ámbitos, como los llamados «clubs de vacaciones». (*M. G.-R.*)

FABIANI, M.: «Moda, sfilate di modelle, protezione del diritto di autore», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 4, pp. 492-499.

Artículo sobre si las creaciones de moda pueden recibir protección de la ley reguladora del derecho de autor, ya que en la actual ley italiana hay una laguna legal sobre la materia. (*Alma R. G.*)

FUSARO, A.: «Il credito ipotecario in ambito europeo e l'euroipoteka», *NGCC*, 2008, núm. 9, pp. 300-320.

Artículo dedicado al mercado europeo del crédito hipotecario. El Libro Verde. El informe del Parlamento europeo. El Libro Blanco. La eurohipoteca. (*Alma R. G.*)

GELLI, R.: «Le immissioni elettromagnetiche tra mera possibilità e ragionevole probabilità di danno alla salute», *NGCC*, 2008, núm. 10, pp. 1169-1174.

La tutela de la salud de la persona en las inmisiones producidas por campos electromagnéticos. (*Alma R. G.*)

GERBAY, N.: «Une place pour un droit de rétention ex dispari causa...?», *GP*, 2009, núm. 18-20, pp. 3-10.

Problemas que plantea el derecho de retención a pesar de la cantidad de estudios sobre él. Análisis de la figura como una institución jurídica y su concepto extensivo en determinadas situaciones. (*I. S. P.*)

KLÖHN, L.: «Zeitliche Priorität als Argumen im Nachbarrecht», *AcP*, núm. 6, 2008, pp. 777-817.

El trabajo estudia un problema de inmisiones. Si el titular de un predio ejercita inmisiones sobre los predios circundantes dentro del límite de lo tolerable, pero a su actividad se añade la del titular de una finca vecina, de forma que la emisión conjunta rebasa los límites legales, ¿puede el primer emisor pretender un derecho preferente basado en la prioridad temporal? El autor lo niega, a pesar de alguna sentencia reciente del Tribunal Supremo alemán. (*M. G.-R.*)

LA TORRE, A.: «Il bene duale nella teoria delle cose», *GC*, 2008, núm. 5, pp. 267-287.

Reflexión sobre la teoría de la cosa, de los bienes, y clases de bienes: la unicidad y la pluralidad, la dualidad, la *universitas rerum*. (*M. R. D. R.*)

LAX, P. L.: «L'interpello agli autori di cui al d. lgs. lgt. 440/1945 non si applica in materia di opera cinematografica», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 4, pp. 548-568.

Problema de la aplicación en las obras cinematográficas de la interpelación a los autores o a sus herederos o legatarios por parte de los productores o de los cesionarios de los derechos de utilización económica sobre las obras mismas. (*Alma R. G.*)

MACCARI, M.V.: «Sistema tavolare: efficacia costitutiva dell'iscrizione e prov redimenti dell'autorità giudiziaria», *NGCC*, 2008, núm. 10, pp. 1241-1244.

La eficacia constitutiva de la inscripción registral está limitada a los actos negociales *inter vivos* pero no se extiende a las transmisiones dispuestas en procedimientos emitidos por la autoridad judicial. (*Alma R. G.*)

MARI, G.: «Un'importante pronuncia in tema de competenza territoriale in materia di copia privata e forse qualcosa di più», *Dir. Aut.*, 2008, núm. 4, pp. 555-563.

La sentencia de la sección especializada del Tribunal de Milán de 24 de abril de 2008, núm. 5382, resuelve con claridad la cuestión de la competencia territorial en materia de copia privada. (*Alma R. G.*)

MARINELLI, F.: «Miti e riti della proprietà», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 2, pp. 362-396.

La tesis del autor, a cuya demostración están destinadas las páginas de este artículo, es que la concepción clásica de la propiedad, propia del pandectismo, actualmente no es más que un mito destinado a caer tras un análisis atento de la realidad.

Tras poner de manifiesto la contradicción existente entre la función social de la propiedad y la concepción de la misma como derecho subjetivo, el autor trata de demostrar, mediante ejemplos concretos, que la propiedad no aparece actualmente como un concepto compacto y uniforme. (*B. F. G.*)

MEMETEAU, G.: «L'actualité du droit des servitudes», *RTDC*, 2008, núm. 4, pp. 613-634.

La dinamización del derecho de cosas frente a la creencia de su no evolución. Adaptación del objeto de las servidumbres a las nuevas necesidades del momento. Algunas consecuencias de dicha adaptación, como podría ser el abandonar el derecho de bienes para pasar al de obligaciones. (*I. S. P.*)

MOSCATI, L.: «Il Code civil e il destino della proprietà intellettuale in Europa», *RDC*, 2008, núm. 4, parte prima, pp. 429-447.

Revisión histórico-comparativa del derecho de propiedad intelectual: origen anglosajón (*copyright*), codificación por la legislación francesa, e internacionalización del sistema del derecho de autor francés. (*M. R. D. R.*)

NOTE: «Adverse Possession Under the Land Registration Act 1925», *Cambridge L. J.*, 2008, vol. 67, núm. 3, pp. 474-476.

Expone en síntesis las consecuencias de la sentencia de la *Court of Appeal* inglesa *Ofulue v. Bossert* [2008] EWCA Civ 7, relativa a la usucapión. El matrimonio Ofulue, residente en Nigeria, era dueño de una casa en ruinas en Londres, que habían arrendado a un tercero. En 1981, éste cedió su posesión (*tenancy*) al Sr. Bossert, quien tomó posesión de la casa y la renovó, sin pagar jamás renta alguna a los propietarios. Años más tarde, cuando intentaron recuperar su posesión, Bossert opuso que había mantenido tiempo atrás una conversación con los Ofulue, como consecuencia de la cual tenía derecho a seguir poseyendo, amparado por la equidad (*equitable tenancy*). Fallecido Bossert, su hija alegó que había adquirido la finca por usucapión, como sucesora hereditaria en la posesión del padre, para lo cual se basó en un precepto de la *Land Registration Act* de 1925. Los Ofulue replicaron que se había vulnerado su derecho al respeto de sus bienes, reconocido por el Protocolo núm. 1 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Sin embargo, la *Court of Appeal* afirma que dicha Ley es conforme con el Protocolo. Ello supone un cambio de orientación con respecto a la anterior sentencia *Beaulane Properties Ltd. v. Palmer* [2005] EWHC 817 (Ch.), [2006] Ch. 79, en la que el Juez Nicholas Strauss Q. C. había afirmado que el concepto de usucapión tenía que interpretarse de modo que no violase la *Human Rights Act 1998*. (*A. R. G.*)

PALERMO, G.: «La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire», *GC*, 2008, núm. 6, pp. 319-330.

Interpretación de la normativa sobre edificación de inmuebles y tutela de los posteriores adquirentes, tras la reforma de la *ley 2 agosto 2004 n. 210*, para la tutela de los derechos patrimoniales de los adquirentes de inmuebles, por el *d. lgs. 20 junio 2005 n. 122*. (*M. R. D. R.*)

PARADISO, M.: «Potestà dei genitori, abuso e interesse morale e materiale della prole», *RDC*, 2008, núm. 2, parte prima, pp. 207-220.

Análisis de la figura de la patria potestad, en previsión y sanción de posibles abusos en su ejercicio (*M. R. D. R.*)

PIPKOVÁ, P. J.: «Gutgläubiger Eigentumserwerb als gesetzliches Limit des verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechts auf Eigentum», *ERPL*, núm. 2, 2008, pp. 313-321.

Breve análisis de la adquisición de la propiedad de buena fe como límite a la garantía constitucional del derecho de propiedad. (*M. G.-R.*)

RISPOLI, G.: «Retratto successorio e comunione ordinaria-nota a Cass. 23 febbraio 2007 n. 4224», *GC*, 2008, núm. 11, pp. 2584-2586. (*M. R. D. R.*)

ROMANO, R.: «Imprinting proprietario nella tutela della creazione intellettuale e concorrenza tra prodotti innovativi», *RDC*, 2008, núm. 6, parte seconda, pp. 663-693.

Requisitos de acceso a la protección, frente a la competencia, de los derechos de autor y medios de protección de la propiedad intelectual: derechos morales, derecho a la integridad de la obra, derecho a la retirada del comercio. (*M. R. D. R.*)

SCHMOLKE, K. U.: «Der Grundsatz der Nichtübertragbarkeit beschränkter persönlicher Diensbarkeiten aus rechtsvergleichender und rechtsökonomischer Perspektive. Eine kritische Betrachtung der §§ 1092, 1090 Abs. 2 i.V.m. § 1061», *AcP*, núm. 4, pp. 515-551.

El § 1092 BGB establece la intransmisibilidad de las servidumbres personales. El autor critica esta solución del BGB, anclada en el pasado, teniendo en cuenta también el Derecho norteamericano y el análisis económico del Derecho. (*M. G.-R.*)

SHERMAN, B.: «Taxonomic Property», *Cambridge L. J.*, 2008, vol. 67, núm. 3, pp. 560-584.

La protección de las plantas y de las innovaciones botánicas o vegetales plantea diversos problemas en relación con la propiedad intelectual. Uno especialmente complejo tiene que ver con la descripción de las plantas, como presupuesto para la protección del derecho de propiedad intelectual. Debido a las características de las mismas y a su carácter mutable con el tiempo, son a menudo difíciles de describir, especialmente si se tienen en cuenta aspectos como el olor o el sabor. El autor expone cómo dificultades de este tipo han influido sobre el modo en que este sector del ordenamiento jurídico se ha desarrollado, especialmente en los Estados Unidos de América. A su juicio, la propiedad intelectual sobre plantas constituye hoy una especie de híbrido de materias diversas, como son Derecho, botánica y horticultura. Resultado

de todo ello es un derecho de propiedad intelectual de perfiles especiales, lo que el autor denomina «propiedad taxonómica». (A. R. G.)

STELLA, P.: «Postilla a DUNI, indennizzi e risarcimenti da espropriazione. Problemi risolti e questioni in sospenso-nota a C. cost. 24 ottobre 2007 n. 348 e 349», *GC*, 2008, núm. 1, pp. 63-64. (M. R. D. R.)

STRUILLLOU, J. F.: «Le droit de préemption urbain à la croisée des chemins», *RDImm*, 2008, juillet/août, núm. 6-7, pp. 304-312.

Estudio a propósito de la recomendación del Consejo de Estado de reformar este derecho en Francia de acuerdo con las exigencias de la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos del hombre. (R. A. R.)

TAFARO, L.: «Il "buon governo" dei patrimoni separati. Il tramonto della categoria degli atti di amministrazione», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 2, pp. 473-491.

La pregunta de la que parte la autora es si el concepto abstracto de «actos de administración» tiene alguna utilidad cuando el intérprete se enfrenta al problema del buen gobierno de los patrimonios separados.

La autora también ofrece unas breves pinceladas sobre las reticencias que se han mostrado frente a la categoría de los patrimonios separados, basadas, fundamentalmente, en la posible elusión de principios como el de responsabilidad patrimonial universal o de la *par condicio creditorum*.

La conclusión que ofrece la autora es que el principio rector de toda administración debe ser el buen gobierno del patrimonio: éste debe ser el criterio que debe regir las normas sobre los poderes, obligaciones y límites del administrador. (B. F. G.)

VV. AA.: «Gazette du droit des technologies avancées», *GP*, 2009, núm. 23-24.

Estudios varios sobre la influencia de las tecnologías en el Derecho. La protección de la creación en internet; filtros y logos; responsabilidad de los internautas; propiedad intelectual e industrial, etc. (I. S. P.)

DERECHO DE FAMILIA

ANSALDO, A.: «La mediazione familiare nel divorzio», *NGCC*, 2008, núms. 7-8, pp. 945-948.

Del conflicto al consenso: la mediación de las controversias conyugales sobre los efectos de la separación y el divorcio. (Alma R. G.)

ARCIONI, E.: «Assegnatario della casa familiare venduta dal coniuge con atto oggetto di revocatoria-nota a Cass. 22 maggio 2007 n. 11830», *GC*, 2008, núms. 7-8, pp. 1772-1797. (M. R. D. R.)

ASTONE, A.: «Azione di disconoscimento della paternità tra verità legale e verità biologica», *DFP*, 2008, núm. 2, pp. 996-1029.

Los problemas conectados a los límites normativos dirigidos a la búsqueda de la verdad biológica de las relaciones de descendencia constituyen todavía en la actualidad uno de los aspectos más debatidos de las relaciones de filiación, en concreto, en este artículo se examina el itinerario normativo y jurisprudencial de la acción de desconocimiento de la paternidad. (Alma R. G.)

BECQUE-ICKOWICZ, S.: «La construction sur le terrain d'un époux séparé de biens financée par des sommes indivises. Réflexions sur la dette de valeur», *RTDC*, 2008, núm. 4, pp. 589-612.

Análisis sobre el fundamento de la indemnización debida por el esposo que se convierte en propietario por accesión de la construcción. El mayor problema es el de calcular el montante de la indemnización así como la posibilidad de una revalorización en su caso. (*R. A. R.*)

BOELE-WOELKI, K.: «The Legal Recognition of Same-Sex Relationships. Within the European Union», *Tulane L. Rev.* 2008, vol. 82, pp. 1949-1981.

La profesora Boele-Woelki realiza un análisis comparado de las legislaciones nacionales europeas en materia de uniones estables de pareja. Tras este primer análisis, expone la «perspectiva Europea» sobre la materia. Bajo esta expresión, alude dos conjuntos de normas: por un lado, las normas que integran la Convención Europea de Derechos Humanos y, por otro lado, las directivas y futuros reglamentos de la Unión Europea, por otro. Una de las principales conclusiones del trabajo constata la existencia de una gran diversidad normativa entre los estados miembros de la UE, lo que conlleva dificultades importantes a la hora de encontrar soluciones comunes que permitan resolver los problemas que afectan a las uniones estables de pareja con implicaciones internacionales. (*J. S. F.*)

BOTTI, E.: «Prime precisazioni sull'ambito di applicazione del regolamento n. 2201/2003/CE in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale - nota a C. giust. CE, sez. gr. 27 novembre 2007 in causa C-435/06», *GC*, 2008, núm. 11, pp. 2340-2345. (*M. R. D. R.*)

CAENAZZO, L.: «L'indagine di paternità : inquadramento normativo, premesse scientifiche e riflessioni etico-deontologiche nel caso di richiesta avanzata da privati», *DFP*, 2008, núm. 3, pp. 1613-1629.

Artículo sobre la indagación biológica en el ámbito de la relación paterno-filial: problemas y reflexiones ético-deontológicos. (*Alma R. G.*)

CASINI, C.: «Sul problema della diagnosi genetica preimpianto: Lettera "aperta" al Sig. Ministro di Giustizia», *DFP*, 2008, núm. 2, pp. 720-730.

Polémica existente entre el derecho a la libre procreación de los progenitores en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida y la realización de unas pruebas de diagnóstico genético de los progenitores, previas a la implantación del embrión en el útero materno. (*Alma R. G.*)

CASSANO, G.: «La giurisprudenza in tema di responsabilità genitoriale per violazione dell'affido e la portata dell'art. 709 Ter, comma 2.º, C.P.C. fra pena privata e danno esistenziale», *CI*, 2008, núm. 2, pp. 271-283.

Responsabilidad civil en materia de incumplimiento del derecho-deber de visita de los progenitores hacia los hijos: la responsabilidad del progenitor no conviviente por falta de ejercicio del derecho-deber de visita y la responsabilidad del progenitor conviviente que obstaculiza la relación del hijo con el otro progenitor. (*Alma R. G.*)

CHECCHINI, B.: «Il difficile equilibrio tra "l'interesse del minore" e il diritto costituzionalmente garantito alla genitorialità», *NGCC*, 2008, núm. 9, pp. 1084-1090.

El segundo reconocimiento del hijo natural: derecho del padre a la afirmación de su paternidad e interés del menor al reconocimiento por parte de su progenitor natural. (*Alma R. G.*)

CINQUE, M.: «L'atto di destinazione per i bisogni della famiglia di fatto: ancora sulla meritevolezza degli interessi ex art. 2645 ter cod. civ.», *NGCC*, 2008, núm. 6, pp. 687-698.

Trust y actos de disposición en los acuerdos entre convivientes *more uxorio*. (*Alma R. G.*)

CIPRIANI, G.: «Il mantenimento dei figli nell'affidamento condiviso: problemi interpretativi e prassi applicative», *NGCC*, 2008, núm. 6, pp. 165-178.

Estudio de la custodia compartida de los hijos en la Ley n. 54/2006, de 8 de febrero. (*Alma R. G.*)

CONFORTO, C.: «La separazione dei coniugi pronunciata per intollerabilità unilaterale-nota a Cass. 9 ottobre 2007 n. 21099», *GC*, 2008, núm. 11, pp. 2465-2471. (*M. R. D. R.*)

DONATI, A.: «Omosessualità e procedimento di adozione in una recente sentenza della Corte di Strasburgo», *DFP*, 2008, núm. 3, pp. 1089-1097.

Crítica a la sentencia de la Corte Europea de Estrasburgo de 22 de enero de 2008, en la medida que ha resuelto la cuestión de la adopción por los homosexuales desde una interpretación literal del principio de no discriminación incluido en el artículo 14 de la Convención de Roma para la salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales de 1950, esto es, desde el exclusivo interés del adoptante, sin tener en cuenta en absoluto para la resolución de la cuestión el interés del menor adoptado. (*Alma R. G.*)

FERRANDO, G.: «La convivenza *more uxorio* della madre non fa cessare il diritto di abitare nella casa familiare», *NGCC*, 2008, núm. 4, pp. 514-518.

Comentario jurisprudencial sobre cuál debe ser el destino de la vivienda familiar atribuida a uno de los progenitores, tras la crisis matrimonial, cuando éste entabla una convivencia de carácter estable y permanente con un nuevo compañero. (*Alma R. G.*)

GAZZONI, F.: «Assegnazione della casa familiare e trascrivibilità della domanda giudiziale», *DFP*, 2008, núm. 2, pp. 737-755.

Debate sobre la inscripción de la demanda judicial de atribución de la vivienda familiar tras la crisis matrimonial. (*Alma R. G.*)

— «Il Paese di Acchiappacitrulli (aiuti familiari, assegno di mantenimento, "tesoretto" e comunione legale)», *DFP*, 2008, núm. 3, pp. 1376-1395.

La sentencia del Tribunal de Roma de 19 de diciembre de 2007 sostiene que las ayudas económicas recibidas por un cónyuge de sus propios familiares, constante el matrimonio, se computan para determinar el nivel de vida

familiar a los únicos fines de cuantificar el importe de la pensión provisional de separación a su cargo, pero no para cuantificar la pensión definitiva, que es valorada sobre la base del capital personal efectivamente disfrutado y documentado. (*Alma R. G.*)

GIACOBBE, E.: «Vincoli familiari ed impedimenti matrimoniali», *DFP*, 2008, núm. 3, pp. 1630-1665.

Artículo acerca de las condiciones para contraer matrimonio. (*Alma R. G.*)

LENTI, L.: «Il criterio per valutare l'intollerabilità della convivenza: la Casazione abbandona le declamazioni ideologiche e disvela le regole operative», *NGCC*, 2008, núm. 4, pp. 523-529.

Comentario jurisprudencial acerca de los presupuestos de la separación judicial, en concreto, si el criterio de la intolerabilidad de la convivencia ha de interpretarse de acuerdo con un criterio objetivo, más fiel a la tradición existente hasta el momento, o de acuerdo con un criterio subjetivo, sostenido por la doctrina más reciente. (*Alma R. G.*)

LONG, J.: «I giudici di Strasburgo socchiudono le porte dell'adozione agli omosessuali», *NGCC*, 2006, núm. 6, pp. 672- 680.

Comentario a la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos de 22 de enero de 2008 sobre la legalidad de la adopción de un menor por una persona sola de condición homosexual, y la influencia que ha tenido tal resolución en los ordenamientos francés e italiano. (*Alma R. G.*)

— «Essere genitori transessuali», *NGCC*, 2008, núms. 7-8, pp. 236-247.

Algunos aspectos polémicos en relación con los transexuales: el ejercicio de la patria potestad, la procreación médicamente asistida y la adopción. (*Alma R. G.*)

MANERA, G.: «Brevi spunti sui provvedimenti punitivi previsti dall'art. 709-ter c.p.c. quali strumenti per l'attuazione della bigenitorialità», *DFP*, 2008, núm. 3, pp. 1207-1228.

Por primera vez en Italia la Corte de Apelación de *Firenze* de 29 de agosto de 2007 condena a una mujer a resarcir el daño no patrimonial sufrido por su hijo en cuanto ella impide el derecho de visita del padre no conviviente. (*Alma R. G.*)

MARINI, M.: «Fondo patrimoniale e azione revocatoria», *NGCC*, 2008, núm. 6, pp. 179-189.

Artículo sobre el origen, función y naturaleza jurídica del fondo patrimonial disciplinado con la reforma del Derecho de Familia en los artículos 167 ss. del Código civil italiano. (*Alma R. G.*)

PENASA, S.: «Tanto tuonò che piove: l'illegittimità parziale delle Linee Guida e la questione di costituzionalità della l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita», *NGCC*, 2008, núm. 4, pp. 499-505.

Nuevas dudas sobre la constitucionalidad de la Ley italiana 40/2004, de 19 de febrero, de procreación médicamente asistida y del reglamento que la desarrolla, entre otras cuestiones, las pruebas genéticas antes de la implantación y la búsqueda del punto de equilibrio entre la implantación del embrión

y las razones de la mujer de tener una maternidad consciente y responsable. (*Alma R. G.*)

PROSPERI, F.: «La famiglia nell'ordinamento giuridico», *DFP*, 2008, núm. 2, pp. 790-820.

Análisis de los profundos cambios experimentados en la familia en el ordenamiento jurídico italiano en los últimos años: familias monoparentales, parejas de hecho y parejas homosexuales. (*Alma R. G.*)

VILLANI, R.: «"Interesse del minore" e "uguaglianza dei coniugi": la Casazione precisa ulteriormente i criteri guida per l'attribuzione del cognome al figlio naturale», *NGCC*, 2008, núm. 9, pp. 1074-1080.

Comentario sobre la atribución del apellido al hijo natural, en concreto, criterios para su atribución: irrelevancia de la voluntad de los padres en la elección del apellido, el interés del menor como criterio directriz para la elección de dicho apellido y, por último, la igualdad entre los padres como criterio subsidiario al interés del menor. (*Alma R. G.*)

— «Assegnazione della casa familiare e cause della perdita del diritto al godimento dell'immobile: l'interpretazione dell'art. 155 quater C. C. operata dalla Corte Costituzionale», *NLCC*, 2008, núm. 6, pp. 1235-1249.

Análisis jurisprudencial, a propósito de la *Corte cost. 29 luglio 2008, n. 08*, sobre asignación de la casa familiar en los supuestos de guarda y custodia compartida de los hijos, en las hipótesis de separación personal de los cónyuges. (*M. R. D. R.*)

DERECHO DE SUCESIONES

BELVIS, E. DE: «Legati in favore del legittimario e conguagli divisionali», *NGCC*, 2008, núm. 9, pp. 1127-1133.

Comentario jurisprudencial en torno a la legítima: calificación de la atribución testamentaria a título particular y problema de la lesión cualitativa de la legítima y sus posibles remedios. (*Alma R. G.*)

CAROTA, L.: «Sulla qualità di imprenditore del disponente nel patto di famiglia», *CI*, 2008, núm. 3, pp. 560-579.

El Código civil italiano ha regulado en los artículos 768 *bis* a 768 *acties* el pacto de familia, con la finalidad de impedir que se disgregue la empresa familiar en el momento de la muerte del causante empresario. (*Alma R. G.*)

CATAUDELLA, A.: «Parti e terzi nel patto di famiglia», *RDC*, 2008, núm. 2, parte prima, pp. 179-187.

Observaciones sobre el pacto de familia: concepto, estructura subjetiva, necesidad de acuerdo de todos los potenciales legitimarios. (*M. R. D. R.*)

DELLE MONACHE, S.: «Revoca tacita dell'istituzione ex re certa», *RDC*, 2008, núm. 4, parte prima, pp. 395-427.

Estudio dedicado a la revocación de legados, supuestos y consecuencias: análisis de los artículos 588.1 y 686 CC. (*M. R. D. R.*)

MUSOLINO, G.: «Disposizioni non patrimoniali di ultima volontà e testamento», *RTDPC*, 2008, núm. 3, pp. 953-971.

Estudio acerca de las disposiciones testamentarias no patrimoniales, naturaleza jurídica, alcance y límites de la autonomía testamentaria. (*M. R. D. R.*)

PIAZZA, G.: «Secondo matrimonio e diritti successori del coniuge superstite», *CI*, 2008, núm. 2, pp. 297-302.

Existencia de un hecho frecuente en Italia consistente en la realización de múltiples donaciones hechas por los padres a los hijos como consecuencia de la abolición del impuesto de sucesiones y donaciones durante el precedente gobierno de *Berlusconi*. Si el donante contrae segundas nupcias y fallece con posterioridad, ¿debe tenerse en cuenta para el cálculo de la legítima el valor de los bienes donados antes de contraer segundo matrimonio? (*Alma R. G.*)

PORRELLO, V.: «La clausola di diseredazione», *DFP*, 2008, núm. 2, pp. 980-995.

Artículo sobre la autonomía negocial en relación con el derecho hereditario. Estudio de la cláusula de desheredación. (*Alma R. G.*)

RISPOLI, G.: «Retratto successorio e comunione ordinaria-nota a Cass. 23 febbraio 2007 n. 4224», *GC*, 2008, núm. 11, pp. 2584-2586. (*M. R. D. R.*)

SCACCHI, A.: «L'alienazione della cosa legata», *RDC*, 2008, núm. 4, parte seconda, pp. 425-450.

Estudio del supuesto de enajenación por el testador de cosa legada como supuesto de revocación de disposiciones testamentarias, artículo 686 CC. Especial análisis del concepto de enajenación y de los supuestos de nulidad, anulabilidad, rescisión de la enajenación, enajenaciones condicionadas, derecho de retracto del testador, y efectos de la prueba de falta de voluntad de revocación del testador. (*M. R. D. R.*)

VASCELLARI, M.: «Disposizione testamentaria sotto condizione sospensiva e delazione», *RDC*, 2008, núm. 3, parte seconda, pp. 303-334.

Análisis de la condición suspensiva en la institución de heredero y su posible interpretación como delación condicionada: artículos 480, 642, 1353 y 1357, 2659 y 2660 CC. (*M. R. D. R.*)

ZUCCONI, E.: «Ancora su successione ed arbitrato», *RTDPC*, 2008, núm. 4, pp. 1363-1372.

Estudio sobre la convención arbitral en materia de administración de herencias yacentes y ejecución del contenido del testamento. Relevancia del pacto de familia.

Análisis del informe aportado el 28 de febrero de 2008, a la organización de la Corte arbitral de *Romagne*. (*M. R. D. R.*)

VARIA

CHOVANCOVÁ, K.: «Enforcement of Arbitral Awards in the New Countries of the European Union», *ERPL*, núm. 6, 2008, pp. 995-1007.

El artículo se refiere al tratamiento que los laudos arbitrales tienen en tres países europeos: Chequia, Eslovaquia y Croacia (este último, no accedido todavía a la Unión Europea). (M. G.-R.)

LINDBLOM, P. H.: «ADR-The Opiate of the Legal System?», *ERPL*, núm. 1, 2008, pp. 63-93.

El artículo adopta una posición muy crítica con la corriente actual de la resolución alternativa de conflictos jurídicos (*Alternative Dispute Resolution*, ADR), en la medida que no es una verdadera alternativa, sino un subrogado que puede impedir los verdaderos y positivos efectos de todo proceso y resolución judicial. (M. G.-R.)

PARENTE, F.: «La protezione giuridica della persona dall'esposizione a campi elettromagnetici», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 2, pp. 397-417.

El presente artículo se centra en la protección jurídica de la persona en caso de exposición a campos electromagnéticos.

Debido a la inexistencia de un conocimiento exacto de los efectos biopatológicos que puede conllevar la exposición humana a dichos campos, la normativa dictada sobre la materia es una normativa que el autor califica de cautelares. En este sentido, la normativa europea y las recomendaciones de la OMS se articulan en torno a tres principios, que buscan el justo equilibrio entre la protección y un adecuado desarrollo económico y social: el principio de precaución, el principio de *prudent avoidance* y el principio Alara.

Tras exponer las líneas maestras de las políticas inspiradas en los principios mencionados, el autor se detiene en el análisis de la normativa italiana que se ocupa de la protección jurídica de la persona frente a la exposición a los campos electromagnéticos. (B. F. G.)

PENTSOV, D. A.: «La Loi de la Fédération de Russie Relative aux Biens Culturels Déplacés en URSS dans le Cadre de la Seconde Guerre Mondiale», *ERPL*, núm. 2, 2008, pp. 323-332.

Breve estudio de la nueva Ley rusa relativa a los bienes culturales desplazados en la antigua URSS durante la segunda guerra mundial. (M. G.-R.)

RONOVSKA, K.: «Civil Law in the Czech Republic: Tendencies of Development (Some Notes on the Proposal of the New Civil Code)», *ERPL*, núm. 1, 2008, pp. 111-120.

Estudio sobre los esfuerzos checos por elaborar un Código civil que incluya toda el área del Derecho privado. (M. G.-R.)

SOURIOUX, J. L.: «La science du droit durant la période classique française», *RTDC*, 2008, núm. 3, pp. 387-399.

Cambio de método por la doctrina jurídica francesa a partir del siglo XVIII, dejando de lado el método de Descartes para llegar a un entendimiento entre espíritu y razón. (I. S. P.)

SUJECKI, B.: «Die Möglichkeiten und Grenzen der Abschaffung des *ordre public*-Vorbehalts im Europäischen Zivilprozessrecht», *ZEuP*, núm. 3, 2008, pp. 458-479.

El Reglamento (CE) 805/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para

créditos no impugnados, ha producido un cambio muy importante desde el punto de vista del Derecho procesal europeo; ya no se necesita un procedimiento de *exequatur* para estos títulos, a diferencia de lo que sucede en los artículos 32 y ss. del Reglamento (CE) 44/2001, del Consejo, relativo a la Competencia Judicial, el Reconocimiento y la Ejecución de Resoluciones Judiciales en Materia Civil y Mercantil. Como consecuencia de lo anterior, también desaparece el control de conformidad con el orden público interno del título a ejecutar. El autor se muestra reticente sobre el modo en que, indirectamente, se elimina la conformidad con el orden público del país de ejecución. (M. G.-R.)

VARUL, P.: «The Creation of New Estonian Privat Law», *ERPL*, núm. 1, 2008, pp. 95-109.

Visión general de cómo se ha elaborado la nueva legislación de Derecho privado (Códigos civil y de comercio) tras la independencia de Estonia. (M. G.-R.)

VV. AA.: «Le Conseil d'État et l'application du Droit communautaire», *GP*, 2009, núm. 42-45.

Estudios varios sobre la función del Consejo de Estado europeo respecto al derecho comunitario tanto en cuanto a su elaboración y aplicación, como su relación con las diversas ramas: jurisdicción comunitaria, control, derecho contractual, recursos, medio ambiente, etc. (R. A. R.)

DERECHO MERCANTIL

PARTE GENERAL. EMPRESA

ALVISI, C.: «Il consumatore ragionevole e le pratiche commerciali sleali», *CI*, 2008, núm. 3, pp. 700-715.

Artículo dedicado al concepto de consumidor razonable de acuerdo con lo dispuesto por el legislador comunitario, y al estudio de las prácticas comerciales contrarias a la diligencia profesional. (Alma R. G.)

ANGIULI, A.: «L'impresa sociale come categoria trasversale di ente *non profit*», *DFP*, 2008, núm. 3, pp. 1553-1629.

La empresa social en relación a la actividad desarrollada y a la realización de objetivos de utilidad social. Las reglas de gobierno que caracterizan la empresa social como ente *non profit*. La empresa social y la nueva aproximación a los *non profit*. (Alma R. G.)

MÖLLERS, Th. M. J.: «Europäische Methoden- und Gesetzgebungslehre im Kapitalmarktrecht. Vollharmonisierung, Generalklauseln und *soft law* im Rahmen des Lamfalussy-Verfahrens als Mittel zur Etablierung von Standards», *ZEuP*, núm. 3, 2008, pp. 480-505.

Estudio sobre las comisiones organizadas y medidas tomadas por la Unión Europea en el ámbito de los mercados de valores para evitar escándalos financieros similares a los sucedidos en los Estados Unidos de América, como Enron, WorldCom y Tyco, e incluso en la propia Unión, como el de Parmalat. (M. G.-R.)

DERECHO DE SOCIEDADES

BUTTURINI, P.: «Le fattispecie legali di recesso introdotte dalla riforma delle società di capitali», *CI*, 2008, núm. 2, pp. 354-393.

La reforma del Derecho de sucesiones ha traído relevantes modificaciones en la normativa del desistimiento, introduciendo numerosos casos en los que se otorga al socio tal derecho. Precisamente el objeto de este artículo es el análisis de estos nuevos casos de desistimiento. (*Alma R. G.*)

CARIELLO, V.: «Sistema dualistico e s.p.a. cc.dd. chiuse a controllo familiare», *RDC*, 2008, núm. 5, parte prima, pp. 543-569.

Análisis del régimen de las sociedades s.p.a. y s.r.l. en relación al ámbito administrativo y distribución de funciones y competencias entre los órganos. (*M. R. D. R.*)

DELLI PRISCOLI, L.: «Diritti della personalità, persone giuridiche e società di persone-nota a Cass. 4 giugno 2007 n. 12929 e a Cass. 5 aprile 2007 n. 8604», *GC*, 2008, núm. 9, pp. 1998-2013. (*M. R. D. R.*)

DIDONE, A.: «Sul valore della causa di opposizione a fallimento-osservazione a Cass. Sez. un., 24 luglio 2007 n. 16300», *GC*, 2008, núms. 7-8, pp. 1754 ss. (*M. R. D. R.*)

FERLUGA, L.: «A proposito del regolamento interno delle cooperative», *GC*, 2008, núm. 6, pp. 331-339.

Reflexiones sobre el Reglamento interno de las cooperativas, ante la laguna legal en materia de modalidades y obligación de creación del mismo en el *d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276*. (*M. R. D. R.*)

GARBO, G. DI: «Fideiussione ex contractu e responsabilità illimitata del socio di società di persone-nota a Cass. 12 dicembre 2007 n. 26012», *GC*, 2008, núm. 11, pp. 2439-2443. (*M. R. D. R.*)

LAGESSE, P./LAURENT, N.: «Quelle responsabilité sociale pour les groupes de sociétés lors du dépôt de bilan de leurs filiales?», *SJ*, 2009, núm. 1-2, chr. 101, pp. 20-25.

Buscar la responsabilidad del grupo social como medida utilizada por los asalariados despedidos cuando no se puede cobrar de otra manera. Razones de mundialización provocan la aceptación de esta medida no sólo a nivel internacional sino también nacional. Justificación de los autores. (*R. A. R.*)

NARDELLI, M.: «Il contraddittorio nel rito societario e la Consulta: i nodi vengono al pettine-nota a C. cost. 24 luglio 2007 n. 321», *GC*, 2008, núm. 4, pp. 865-871. (*M. R. D. R.*)

VIDIRI, G.: «Azione di nullità del bilancio: prescrizione, formazione del giudicato e violazione del principio di chiarezza – nota a Cass. 2 maggio 2007 n. 10139», *GC*, 2008, núm. 2, pp. 453-462. (*M. R. D. R.*)

CONTRATOS MERCANTILES

CHEREDNYCHENKO, O. O./JANSEN, Ch. E.: «Principles of European Law on Financial Service Contracts?», *ERPL*, núm. 3, 2008, pp. 443-468.

Los autores se centran en el estudio de los servicios financieros y su regulación jurídica en el ámbito de la Unión Europea. El llamado Marco Común de Referencia de 2003 trata sólo los contratos de servicios en general, pero debería tratar además específicamente los contratos de servicios financieros. (*M. G.-R.*)

MONCALVO, F. A.: «Il contratto di concessione di vendita, nel quadro dei contratti per la distribuzione commerciale», *NGCC*, 2008, núm. 4, pp. 93-119.

Regulación del contrato de concesión de venta en el marco de los contratos de distribución. Naturaleza jurídica y estructura. Cláusula de exclusiva. Obligación de promoción de las ventas. Disciplina de los precios. Pacto de reserva de dominio. Pacto de no concurrencia poscontractual. Normativa comunitaria en tema de acuerdos verticales. (*Alma R. G.*)

SIRENA, P.: «La portabilità del mutuo bancario o finanziario», *RDC*, 2008, núm. 4, parte prima, pp. 449-479.

Estudio de la subrogación crediticia por voluntad del deudor, tras la reforma del artículo 8, *d. l. n. 7/2007*, por la *l. n. 40/2007* y el artículo 2. 450 de la *l. 24 de diciembre de 2004, n. 244 (legge finanziaria 2008)*: ámbito subjetivo y objetivo de aplicación, excepciones oponibles al acreedor subrogado, tutela del empresario hipotecario o pignoraticio. (*M. R. D. R.*)

DERECHO CONCURSAL

BASILONE, M. R.: «La revocatoria ordinaria nel fallimento: la controversa questione della legittimazione processuale esclusiva o concorrente del curatore», *NGCC*, 2008, núm. 9, pp. 1056-1061.

Comentario jurisprudencial sobre la legitimación del curador en el ejercicio de la acción revocatoria ordinaria. (*Alma R. G.*)

BIABATI, P.: «Le prospettive dell'azione collettiva risarcitoria nel diritto dell'Unione europea», *RTDPC*, 2008, núm. 4, pp. 1373-1389.

Revisión de la política europea del derecho de la competencia, en especial en materia de acciones colectivas resarcitorias: fundamento del Derecho europeo de las acciones colectivas resarcitorias, regulación en las directivas y en los derechos nacionales, determinación de la competencia jurisdiccional y ley sustantiva aplicable para el ejercicio de estas acciones. (*M. R. D. R.*)

CARRATTA, A.: «Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti», *RTDPC*, 2008, núm. 3, pp. 853-883.

Reflexiones sobre el procedimiento concursal, tras la reforma legislativa de 2007: convivencia de intereses públicos y privados, control de la actuación judicial y «progresiva desjudicialización» del procedimiento concursal. (*M. R. D. R.*)

— «Liquidazione e ripartizione dell'attivo nel fallimento e tutela giurisdizionale dei diritti», *RTDPC*, 2008, núm. 4, pp. 1271-1299.

Segunda parte de reflexiones sobre el procedimiento concursal, tras la reforma legislativa de 2007: convivencia de intereses públicos y privados, el problema de la tutela jurisdiccional y control de la actuación judicial en aras de la tutela de derechos subjetivos, posibilidad de aplicación analógica del proceso ordinario de cognición. (*M. R. D. R.*)

D'ORAZIO, L.: «La risoluzione d'ufficio del concordato preventivo con cessione dei beni e la sentenza di fallimento dopo il d. lgs. n. 169 del 2007 - nota a Cass. 7 giugno 2007 n. 13357», *GC*, 2008, núm. 6, pp. 1528-1511. (*M. R. D. R.*)

DIDONE, A.: «Note minime sull'art. 173 l. fall.-nota a Cass. 5 gennaio 2007 n. 1655», *GC*, 2008, núm. 9, pp. 2035-2036. (*M. R. D. R.*)

— «Note minime sulla surrogazione del fideiussore nel fallimento-osservazione a Cass. 11 settembre 2007 n. 19007», *GC*, 2008, núm. 4, pp. 938-939. (*M. R. D. R.*)

DIESBEC, Q. A.: «La cession interne: un mode original de transmission de l'entreprise en difficulté», *GP*, 2009, núm. 21-22, pp. 3-10.

Posibilidad de evitar el procedimiento de insolvencia en caso de cesión interna de una empresa en crisis. Formas de conseguir una estabilidad del capital social mediante la cesión de éste. (*R. A. R.*)

FRASCAROLI, E.: «L'esdebitazione del fallito: la prima bocciatura dalla corte costituzionale», *NLCC*, 2008, núm. 6, pp. 1235-1249.

Consideraciones críticas, doctrinales y jurisprudenciales, de la figura de la «esdebitazione del fallito» y análisis comparativos en los Ordenamientos jurídicos extranjeros. (*M. R. D. R.*)

MICCIO, F.: «La legge fallimentare dopo il correttivo», *NLCC*, 2008, núm. 4, pp. 727-780.

Análisis del procedimiento concursal, a propósito del *d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169*: nueva perspectiva y funciones de la junta de acreedores y procedimiento de verificación del pasivo, teniendo en cuenta las cesiones de créditos y subrogaciones, admisión de demandas tardías y el programa de liquidación. (*M. R. D. R.*)

PETEL, Ph.: «Le nouveau droit des entreprises en difficulté: acte II», *SJ*, 2009, núm. 6, chr. 110, pp. 17-28.

Estudio a propósito de la modificación introducida a la ley de salvaguarda de las empresas de 26 de julio de 2005 por la Ordenanza núm. 2008-1345 de 18 de diciembre de 2008. Esta ordenanza corrige y completa los defectos de la ley de 2005 así como introduce las nuevas figuras de garantía sin desposesión introducidas tras la reforma de 2006 en el Código civil francés. (*I. S. P.*)

SEGA, D.: «Esiste ancora il piccolo imprenditore?», *NGCC*, 2008, núm. 9, pp. 1065-1069.

Tras la reforma de la quiebra en el Ordenamiento jurídico italiano hay un debate jurisprudencial, en relación a los presupuestos subjetivos del quebrado, acerca de si puede incluirse en ellos al pequeño empresario. (*Alma R. G.*)

TEBOUL, G.: «La réforme du pére Noël: la prévention et la sauvegarde», *GP*, 2009, núm. 4-6, pp. 6-10.

Estudio a propósito de la nueva reforma del derecho concursal con la Ordenanza núm. 2008-1345, de 18 de diciembre. Situación anterior y actual y consecuencias en el procedimiento. (*R. A. R.*)

— «La réforme du Péré Noël: Redressement judiciaire, liquidation judiciaire et sanctions», *GP*, 2009, núm. 32-34, pp. 3-9.

Estudio a propósito de la reforma del procedimiento de concurso mediante la Ordenanza núm. 2008-1345, de 18 de diciembre de 2008, que entrará en vigor a mediados de febrero de 2009. Contexto económico actual e influencia de la ordenanza ante supuestos de cesación de pagos. Supuestos de liquidación judicial y responsabilidad. (*R. A. R.*)

ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
Cal. L. Rev.	California Law Review
Cambridge. L. J.	The Cambridge Law Journal
CI	Contratto e Impresa
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
DFP	Il Diritto di Famiglia e delle Persone
Dir. Aut.	Il Diritto di Autore
ERPL	European Review of Privat Law
FI	Il Foro Italiano
GC	Giustizia Civile
GP	Gazette du Palais
Harvard L. Rev.	Harvard Law Review
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung
L. Q. R.	The Law Quarterly Review
M. L. R.	The Modern Law Review
NGCC	La Nuova Giurisprudenza Civile Commentata
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NLCC	Le Nuove Leggi Civili Commentate
N. Y. Univ. L. Rev.	New York University Law Review
Oxford J. Legal Stud.	Oxford Journal of Legal Studies
Rass. Dir. Civ.	Rassegna di Diritto Civile
RD	Recueil Dalloz
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDImm	Revue de Droit Immobilier
RIDA	Revue Internationale du Droit d' Auteur
RTDC	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDPC	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
SJ	La Semaine Juridique
Texas L. Rev.	Texas Law Review
Tulane L. Rev.	Tulane Law Review
U. Chi. L. Rev.	University of Chicago Law Review
UCLA L. R.	University of California Los Angeles Law Review
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Nicolás DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉNEZ MUÑOZ, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACIA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA.**

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. Prescripción extintiva.–Centrando el examen del *dubium* sobre lo verdaderamente discutido por las partes –los efectos del recurso de nulidad planteado en cuanto a prorrogar la interrupción de la prescripción derivada del acto de conciliación celebrado sin avenencia– ya que las mismas partes coinciden en el hecho de que se trata del ejercicio de una acción por culpa extracontractual o «aquiliana» cuyo plazo de ejercicio es el de un año (art. 1968.2 CC) y que la última interrupción del plazo de prescripción tuvo lugar por el acto de conciliación, el motivo ha de ser estimado.

El acto de conciliación instado por los actores-recurridos contra los demandados se celebró «sin avenencia» el día 14 de enero de 1994 y a partir de ese momento pudo ejercitarse nuevamente la acción de reclamación nacida desde el momento de la producción del hecho causante del daño, ya que para los actores resultaba evidente que la conciliación no había producido convenio o acuerdo alguno y que, por tanto, les quedaba como única salida la formulación de la demanda para la obtención de sus pretensiones resarcitorias. Para ello resultaba absolutamente intrascendente el resultado de la solicitud de nulidad que frente al acto de conciliación presentó ante el Juzgado el Servicio de Salud, ya que, cualquiera que fuera el mismo, en nada habría de afectar a la situación de los demandantes respecto de la reclamación que se proponían efectuar. Esta Sala ya declaró en S de 16 de noviembre de 1985 que «... tampoco ha de producir esa secuencia interruptiva el ejercicio de un recurso improcedente que por serlo no impidió la firmeza del auto que concluyó la actividad penal, que en consecuencia es determinante, precisamente desde esa firmeza, del cómputo inicial a que se contrae el artículo 1969 del CC, pues el entender lo contrario tanto significaría dejar al arbitrio de la parte beneficiada por el instituto jurídico de la prescripción de las acciones el comienzo del plazo impeditivo de la prescripción con solamente plantear actividades procesales improcedentes. Tal razonamiento, aplicado a una pretensión formulada por la propia parte que negaba la existencia de prescripción, ha de serlo con mayor razón cuando ni siquiera –como ocurre en el caso presente– dicha pretensión presuntamente dilatoria había sido hecha por dicha parte, sino precisamente por la contraria, que es la que invoca la existencia de prescripción».

De conformidad con lo establecido en el artículo 479 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil, la presentación con ulterior admisión de la petición de conciliación interrumpirá la prescripción, pero el plazo legal de la misma comienza a correr de nuevo inexorablemente desde que el acto se da por terminado sin efecto al no haberse logrado avenencia; de modo que, computado en el presente caso con aplicación de dicho criterio, la misma se había producido en el momento de presentación de la demanda, por lo que el motivo ha de ser estimado con el efecto de excluir la necesidad de examen de los restantes y de haber de ser estimado este recurso de casación anulando la sentencia dictada y confirmando la dictada por el Juzgado. (**STS de 12 de junio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En el origen del recurso de casación se encuentra una reclamación de indemnización efectuada por los parientes de una persona fallecida contra los médicos que la atendieron y el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma. En primera instancia se estima la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada mientras que en apelación se revoca la sentencia y, por considerarse interrumpido el plazo de prescripción de la acción ejercitada, se estima la demanda. Hay que destacar que antes de la presentación de la demanda hubo una denuncia penal que terminó en archivo de la causa por sobreseimiento. Posteriormente al auto de archivo y antes de un año se presentó papeleta de conciliación que terminó sin avenencia. Después, la parte demandada solicitó declaración de nulidad de actuaciones al admitir la conciliación. La demanda se interpuso pasado un año de la terminación del acto de conciliación sin avenencia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma. (*R. G. S.*)

2. Prescripción. Interrupción por proceso penal: causa no prevista artículo 1973 CC.—El artículo 114 LEC dispone en su primer párrafo que promovido juicio criminal en averiguación de un delito o falta, no podrá seguirse pleito sobre el mismo hecho; suspendiéndole, si le hubiese, en el estado en que se hallare, hasta que recaiga sentencia firme en la causa criminal. Es una causa de interrupción de la prescripción que, no prevista en el artículo 1973 CC, se basa en el citado artículo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se mantiene la interrupción mientras se mantiene el proceso penal. La interrupción se produce mientras está abierto el proceso penal, y al no poderse ejercitar la acción civil hasta que sea firme la resolución que ponga término al proceso penal subsiste la interrupción, que se mantiene hasta la notificación a las partes de la resolución o sentencia firme. (**STS de 30 de marzo de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don Carlos María interpuso demanda contra *Royal Insurance Public Limited Company* en reclamación de la indemnización por causa de producción del siniestro, en seguro de responsabilidad civil celebrado con la entidad demandada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Sevilla desestimó la demanda. La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Sevilla desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

DERECHO DE LA PERSONA

3. Alcance del derecho a la imagen.—El derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE 1978 atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual. Tal derecho impide no sólo la obtención, sino también la publicación o reproducción por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permitan reconocer la identidad de una persona. La protección del derecho a la imagen ex artículo 7.5 LO 1/1982, de 5 de mayo, se extiende a los supuestos en que se capte la fotografía en una playa o en otro lugar público, sin consentimiento de la persona fotografiada.

Doctrina del reportaje neutral o información neutral.—Si un medio de comunicación pretende invocar la doctrina del reportaje neutral ha de ser mero transmisor de las declaraciones insertas en otro medio, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, de manera que si reelabora la noticia no hay tal reportaje neutral. Por otra parte, es cierto que en la denominada información neutral sólo se exige constatar la verdad del hecho de la declaración sin extenderse a la veracidad de ésta, cuya constatación sólo es exigible al autor de la declaración. Sin embargo esta doctrina no es aplicable cuando se conoce que la información no es veraz; así, el reportaje neutral exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito, a fin de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias. Resultaría absurdo que con el pretexto de tratarse de un reportaje neutral se pudiera difundir, repro-

duciéndola, una información sobre la que hay constancia de que supone una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de un derecho fundamental. (STS de 18 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—En la portada de «Interviú» aparece una fotografía con la reproducción de la imagen de la demandante en *top less* en una playa, que no es ni un personaje público ni tiene una profesión de tal condición. La imagen es obtenida sin su consentimiento, y en el reportaje difundido en la revista se la confunde con la novia de un conocido tenista. A su vez «La Voz de Baleares» reproduce la información dada por «Interviú», dando cuenta de la reacción indignada del tenista. La demandante interpone una demanda de protección del derecho a la imagen, que es estimada en lo esencial por la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, la cual condena a «Editorial Zeta» (como editora de la revista «Interviú») y a la «Voz de Baleares, S. A.», a indemnizar a la actora en la cantidad de cinco millones y trescientas cincuenta mil pesetas. La resolución del Juzgado es confirmada en apelación por la sentencia de la Audiencia Provincial Contra esta última sentencia la «Voz de Baleares, S. A.», interpone recurso de casación, alegando las doctrinas del reportaje neutral e información accesorio respecto de la reproducción de la fotografía de la chica. El Tribunal Supremo no ha lugar al recurso de casación. (*Alma R. G.*)

4. Adquisición de la vecindad civil por residencia continuada.—En el cómputo del plazo de diez años de residencia para la adquisición de la vecindad civil por residencia no se tiene en cuenta el tiempo en el que el sujeto no puede legalmente regir su persona; es decir, no computa el tiempo en el que el sujeto no tiene plena capacidad de obrar, sino que dicho plazo comienza a contar cuando se alcanza la mayoría de edad (que, según el art. 320 CC de entonces, estaba en los veintiún años cumplidos). Esta interpretación de cuándo se inicia el cómputo del plazo es acorde con la doctrina jurisprudencial, así lo corroboran, entre otras, las SS de 23 de marzo de 1992 y 20 de febrero de 1995 y las sentencias que citan. Para el cómputo del plazo mencionado tampoco sirve la llamada emancipación tácita prevista en el artículo 15.3 CC en su redacción originaria (STS de 20 de febrero de 1993).

Emancipación tácita. Significado y alcance según el artículo 160 CC en su redacción originaria.—La emancipación tácita contemplada en el artículo 160 CC en su redacción originaria, no reconoce plena capacidad de obrar al menor, sino, únicamente, la facultad para adquirir y administrar los bienes adquiridos en la vida independiente. Esto significa que la llamada emancipación tácita sólo alcanza a determinados aspectos concretos de la esfera patrimonial del sujeto pero no a su esfera personal. (STS de 7 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Don E. nació en Granada (territorio de derecho común) en 1941. En 1959, con dieciocho años, emigró a Barcelona, donde vivió de forma independiente, con el consentimiento de sus padres (la mayoría de edad se alcanzaba a los veintiún años de edad). El 5 de junio de 1970, contrajo matrimonio con doña V.

En 1989 se dictó sentencia de separación y en 1993 sentencia de divorcio. Doña V. sostiene que en el momento del matrimonio, ambos tenían vecindad civil común, lo que determinó que el régimen económico matrimonial fuera y haya sido siempre el de gananciales. Por ese motivo, solicita en su demanda que así se declare y que se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales. Don E. se opone a la demanda y sostiene que, en el momento del matrimonio, tenía vecindad civil catalana por residencia de diez años y, por tanto, el régimen económico-matrimonial era, y fue siempre, el de separación de bienes.

La Audiencia Provincial revocó la sentencia de primera instancia que desestimaba la demanda, y dictó sentencia en la que declaró que, en el momento de celebración del matrimonio, la vecindad civil del esposo era la vecindad civil común –y, como consecuencia del matrimonio, también la de la esposa, según la ley aplicable en dicho momento–, de tal forma que el régimen económico matrimonial era el de comunidad de gananciales. Contra esta sentencia, don E. interpuso recurso de casación.

NOTA.–La cuestión fundamental del recurso de casación consiste en determinar la vecindad civil que ostentaba el demandado, recurrente en casación, en el momento de contraer matrimonio, pues ésta determinaba automáticamente la de la esposa y, por tanto, el régimen económico matrimonial. En su sentencia, el Tribunal Supremo hace aplicación del principio de irretroactividad de las leyes que proclama el artículo 2.3 CC y declara aplicables los preceptos vigentes al tiempo del matrimonio (5 de junio de 1970), que son los siguientes:

Artículo 320 (1) CC: «La mayoría de edad empieza a los veintinueve años cumplidos.»

Artículo 160 CC: «Los bienes que el hijo no emancipado haya adquirido o adquiriera con su trabajo o industria, o por cualquier título lucrativo, pertenecen al hijo en propiedad, y en usufructo al padre o la madre que le tenga en su potestad y compañía; pero si el hijo, con consentimiento de sus padres, viviere independientemente de éstos, se le reputará para todos los efectos relativos a dichos bienes como emancipado, y tendrá en ellos el dominio, el usufructo y la administración.»

Artículo 14 «párrafos 3 y 4, CC: «Para los efectos de este artículo se ganará la vecindad civil por residencia continuada de diez años, a no ser que, antes de terminar este plazo, el interesado manifieste su voluntad en contrario; o por la residencia de dos años, siempre que el interesado manifieste ser ésta su voluntad. Una y otra manifestación deberán constar en el Registro Civil. En todo caso, la mujer casada seguirá la condición del marido, y los hijos no emancipados la de su padre y, a falta de éste la de su madre». (L. P. S. M. P.)

5. Doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas.–La S de 29 de junio de 2006 recoge la doctrina jurisprudencial en esta materia que resume en los siguientes apartados: 1.º La doctrina del levantamiento del velo trata de evitar que el abuso de personalidad jurídica pueda perjudicar

intereses públicos o privados, causar daño ajeno a los derechos de los demás (SS, entre otras, de 17 de diciembre de 2002, 22 y 25 de abril de 2003, 6 de abril de 2005, 10 de febrero de 2006); 2.º Se trata de evitar, en todo caso, que se utilice la personalidad jurídica societaria como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento (SS de 17 de octubre de 2000, 3 de junio y 19 de septiembre de 2004, 16 de marzo y 30 de mayo de 2005); 3.º Se produce dicho fin fraudulento, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales (SS de 28 de marzo de 2000, 14 de abril de 2004, 20 de junio de 2005, 24 de mayo de 2006) y entre ellas el pago de deudas (SS de 19 de mayo de 2003, 27 de octubre de 2004)...y 4.º Sin embargo siempre habrá de tenerse en cuenta que la doctrina del levantamiento del velo es de aplicación excepcional (SS de 4 de octubre de 2002 y 11 de septiembre de 2003), por lo que debe ser objeto de un uso ponderado y restringido.

Atendidos los datos recogidos en el Fundamento de Derecho primero de la sentencia recurrida, antes transcritos ha de estimarse que en ella se ha hecho una correcta y acertada aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas mercantiles, pues de ellos resulta evidente el ánimo defraudatorio que persiguió la constitución de *Nukra, S. L.*, con la única finalidad de eludir las responsabilidades que de la ejecución de obra pudieran derivarse para la persona física que en todo momento se manifestó como contratista de la concertada, sin que conste, por otra parte, que la sociedad tenía suficiente patrimonio para hacer frente a esas posibles responsabilidades. (**STS de 1 de marzo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda.]

HECHOS.—El demandante solicitaba que los demandados le indemnizasen por los defectos constructivos de la obra realizada en un camping, pidiendo que la responsabilidad de la sociedad constructora fuera asumida directamente por sus socios F y J, levantando el velo de la citada sociedad, puesto que fueron esos socios los que en todo momento se relacionaron con el comitente y aparecieron frente a él como las personas capaces de asumir la obra, mientras que la sociedad se constituyó con un exiguo capital y no tuvo nunca una realidad, pues ni siquiera tuvo obreros ni empleados con que ejecutar la obra. Los demandados contestaron a la demanda y formularon reconvenición en la que solicitaban que el demandante fuera condenado a satisfacer una cantidad una vez que se subsanen las importantes deficiencias de que adolece la obra imputables al contratista.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y la reconvenición y la Audiencia Provincial estimó parcialmente los recursos de apelación presentados por las partes, en el sentido de absolver a los demandados y al demandante de algunas pretensiones. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

6. Doctrina del levantamiento del velo.—Jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 31 de enero de 2000, 21 de mayo de 2001 y 1 de diciembre de 2006) declara que cuando una sociedad carece de funcionamiento real e independiente respecto de otras personas que la controlan realmente, debe procederse al levantamiento del velo de la personalidad jurídica, «para buscar a los sujetos y a los patrimo-

nios realmente actuantes y responsables» y evitar de esta manera el perjuicio de los derechos de los acreedores.

Mandato tácito: existencia.—El Tribunal Supremo mantiene que la existencia de un mandato tácito debe acreditarse por la existencia de actos concluyentes, inequívocos y unívocos. (STS de 30 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Entre los años 1991 y 1995, la empresa A suscribió contratos con los propietarios de diversos terrenos de Tarifa (Cádiz), por los que se autorizaba la instalación y explotación de turbinas eólicas, a cambio de remuneración consistente en el pago de un porcentaje de los beneficios obtenidos por la venta de dicha energía.

En enero de 1994 se constituye ante Notario la entidad mercantil KW, por las sociedades K, A y don J, quienes suscribieron respectivamente 798, 201 y 1 acción, inscribiéndose en el Registro Mercantil de Sevilla en agosto de 1994.

En marzo de 1994, mediante escritura pública otorgada ante Notario, se transmitió por la empresa A a la sociedad KW, los derechos de instalación y explotación de las Plantas Eólicas ostendados por la primera sobre las fincas sitas en el término de Tarifa (Cádiz).

En julio de 1994 se celebró un contrato de ejecución de obra de una planta eólica en Tarifa (Cádiz) entre la empresa F y la entidad K (posteriormente denominada K *international*), por orden y cuenta de la empresa C, por un presupuesto inicial de 169.032.207 pesetas, encomendándose a la entidad S la redacción del proyecto y la coordinación de los diferentes contratistas de obras.

En noviembre de 1994, la empresa S comunicó a la empresa F que las facturas de las obras deberían remitirse a la empresa C, extendidas a nombre de la empresa A, justificándose el cambio mediante comunicación de fecha 4 de abril de 1995 por criterios internos de eficacia del Grupo K, del que las entidades C y A forman parte, habiéndose contratado con la primera inicialmente como compañía base de las operaciones, y al dejar de ser operativa posteriormente, pasaron los trabajos a la segunda.

En septiembre de 1995, la empresa S comunica a la empresa F que «a partir del próximo mes de octubre de 1995 las gestiones relacionadas con la orden de compra referenciada serán efectuadas por la empresa C, interesando que las comunicaciones y envío de documentos se realizase a dicha empresa, pero manteniendo la titularidad de las compras de la empresa A, a cuyo nombre deberían seguir emitiéndose las facturas pendientes.

En junio de 1995 se produjo la aceptación provisional de las obras, adeudándose a la empresa F la cantidad total de 59.038.707 pesetas, conforme a las certificaciones de obras acreditadas.

En julio de 1996, don M, actuando en nombre y representación de la empresa A, reconocía la deuda anterior, más intereses.

La empresa F interpone una demanda contra la empresa KW, solicitando se dicte una sentencia por la que se condene a la

demandada a pagar determinada cantidad de dinero (en concreto, 59.038.707 ptas.).

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte demandante, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y estima íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (*M. J. P. G.*)

OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

7. Negocio de aportación del socio de todos sus inmuebles a sociedad: doctrina general sobre los requisitos esenciales de los contratos.—La existencia o inexistencia de un contrato y la concurrencia o no de los requisitos esenciales del mismo, es cuestión de hecho y como tal su constatación es de la facultad privativa de los tribunales de instancia, cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada, ha de ser mantenida y respetada en casación en tanto la misma no sea desvirtuada por el cauce procesal adecuado, hoy en día por error de derecho con invocación de la norma valorativa que se considere infringida (SSTS de 27 de enero, 10 de marzo, 18 y 24 de julio y 22 de diciembre 2000, 17 de enero y 14 de abril de 2001, 24 de marzo y 22 de julio 2003 y de 28 de marzo de 2005, entre otras); en otro caso se convertiría la casación en una tercera instancia, desnaturalizando su verdadero carácter extraordinario, su objeto y finalidad.

Causa del contrato.—La doctrina jurisprudencial ha destacado la importancia que en la configuración de la causa del contrato ostenta la real intención o explicación del componente de voluntad que cada parte proyecta al consentir el negocio, pues, como dice la STS de 25 de mayo de 1995, de esa forma se consigue localizar un presupuesto de razonabilidad que funda el intercambio de prestaciones efectuado; dicha sentencia distingue entre causa de la atribución, causa de la obligación y causa del contrato, es decir, el porqué el atributario está jurídicamente facultado para recibir el desplazamiento patrimonial, la fuente constitutiva de la obligación o el fin común perseguido en el negocio por las partes, respectivamente.

Causa ilícita: prueba.—Si bien es cierto que la ilicitud del móvil que orienta al contratante es trascendente de cara a descubrir la ilicitud de la causa del negocio, no menos cierto es que la constatación de la intención aviesa, elusiva de la responsabilidad, defraudatoria, antijurídica en fin, constituye el resultado de un proceso de valoración que, antes que jurídico, tiene un componente fáctico que entronca con los hechos que se han tenido como probados en el proceso, tras la oportuna y adecuada valoración de los elementos de prueba que han sido aportados a él. En el presente caso el recurrente trata de imponer su particular valoración para inferir la intención ilícita del deudor de sustraer a la acción del acreedor los bienes con los que hacer frente a su responsabilidad, confundiendo el patrimonio particular y el social, y utilizando el ente social como instrumento para eludir dicha responsabilidad en perjuicio del acreedor. Tal razonamiento choca con el dato del mayor valor de las participaciones sociales respecto de la deuda cuya satisfacción persigue la actora, y el hecho de que ésta ha logrado la traba de las participaciones sociales de la titularidad del deudor en anterior procedimiento de ejecución promovida por la misma entidad aquí acreedora, las cuales sustituyen a los inmuebles aportados a la sociedad en ejecución del acuerdo de amplia-

ción de capital social; sin que obste que el valor asignado a los bienes aportados sea inferior a su valor real o de mercado, pues el Código civil no exige que el precio del contrato sea justo, sino cierto. En resumen: la ilicitud de la intención que opera como motivo de la atribución patrimonial ha de valorarse ineludiblemente en función del perjuicio sufrido por el acreedor como consecuencia del negocio jurídico cuestionado, que aquí no resulta acreditado.

Rescisión por fraude: subsidiariedad de la acción.—Es cierto que la jurisprudencia de esta Sala ha considerado ampliamente el carácter subsidiario de la acción rescisoria por fraude de acreedores, que se traduce en una también amplia concepción de la insolvencia del deudor, la cual, en efecto, y en tanto que requisito de la acción rescisoria por fraude, no ha de ser total y absoluta, sino que basta con que comprometa seriamente las posibilidades de satisfacción del derecho del acreedor. Pero esta amplitud conceptual no debe confundirse con la eliminación del presupuesto mismo en que la insolvencia del deudor consiste, que en todo caso ha de concurrir, siquiera sea bajo esa generosa consideración, y que en el presente caso falta, pues ante la constancia del mayor valor de las participaciones sociales respecto del importe del crédito de la actora y el hecho del embargo de las que son titularidad del deudor, no pueden aceptarse las afirmaciones de la recurrente tendentes a poner de manifiesto una extrema dificultad para agotar la vía de apremio con la realización forzosa de los títulos, que, además de estar huérfanas de todo sustento probatorio, resultan infundadas, siendo evidente la posibilidad material de su enajenación forzosa y de su adjudicación incluso al acreedor, como también se ha de convenir que el ordenamiento procesal dispone de medios suficientes para que el derecho del acreedor ejecutante se haga efectivo en el marco del proceso de ejecución, y, en particular, a través del procedimiento de apremio. **(STS de 25 de mayo de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

NOTA.—Aunque los datos fácticos son, más bien, parcos, parece que por parte del acreedor se da un cierto acoso al deudor ante el que han reaccionado los distintos tribunales intervinientes (demanda rechazada en ambas instancias, así como el presente recurso de casación) actuando a modo de un *favor debitoris* que obliga, en cierto modo, hasta a rectificar una laxa dirección jurisprudencial a propósito del carácter subsidiario de la acción rescisoria. El actor solicitaba alternativamente: *a)* Nulidad del negocio de aportación de bienes inmuebles a una sociedad limitada realizada por el deudor, por concurrir causa ilícita. *b)* Rescisión por fraude de acreedores. Ninguna de estas peticiones es acogida, fundamentalmente por falta de la prueba que incumbía al actor. Ésta favorece, más bien, al deudor: la entidad bancaria había embargado anteriormente las participaciones que recibió el deudor por su aportación sin llegar a ejecutar la traba pese a superar ampliamente el valor de la deuda. La actual doctrina sobre flexibilización del requisito de la subsidiariedad de la rescisoria puede verse en LACRUZ *et alii*, *Elementos*, II-1, 4.ª ed. (Madrid 2007) p. 240; CASTÁN, III, 17.ª ed. a cargo de García Cantero (Madrid 2008) p. 336 y ss. cuyo alcance parece limitarse, de alguna manera, por esta sentencia. (G. G. C.)

8. Contrato de compraventa simulado: disimulando una donación en perjuicio de los derechos legitimarios: nulidad por causa ilícita.—La Sala Primera del Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTs de 28 de febrero de 1953, 20 de octubre de 1961, 20 de diciembre de 1985, 30 de junio de 1995, 2 de abril de 2001 y 29 de julio de 2005) afirma que cuando el causante quiere favorecer a alguien con una donación en perjuicio de los derechos de los legitimarios, y disimula dicha donación bajo la apariencia de un contrato oneroso, ésta no puede tener eficacia por fundarse en una causa ilícita conforme a lo establecido en el artículo 1275 CC.

Donaciones que lesionan el derecho a la legítima y donaciones con causa ilícita: distinción.—El Tribunal Supremo distingue entre las donaciones que lesionan el derecho a la legítima que pueden ser declaradas inoficiosas (que se rigen por los arts. 636 y 654 CC), y las donaciones encubiertas o disimuladas con la intención de defraudar a los legitimarios que pueden ser declaradas nulas por tener causa ilícita, conforme al artículo 1275 CC. (STS de 20 de junio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La demandante A interpone una demanda contra J, S y L, solicitando se declaren nulos de pleno derecho determinados contratos de compraventa por ser absolutamente simulados y defraudar los derechos hereditarios a la legítima de la demandante, así como que se cancelen las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad en virtud de dichos contratos de compraventa.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Interpuesto recurso de apelación por los demandados, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y desestima la demanda. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación, casa y anula la sentencia recurrida y confirma la sentencia dictada en primera instancia.

NOTA.—En relación con la validez de las donaciones disimuladas en escrituras públicas de compraventa, deben tomarse en consideración las SSTs, 1.ª, de 11 de enero y 26 de febrero de 2007, que establecen la siguiente doctrina: «la nulidad de la escritura pública de compraventa impide que se considere válida la donación de inmuebles que se dice encubría». Aunque es cierto, como acertadamente señala el Fundamento de Derecho 3.º de la sentencia extractada, que dicha doctrina no resulta de aplicación al caso porque dicho argumento no se ha planteado en los motivos de casación ni ha sido objeto de discusión en el pleito. (M. J. P. G.)

9. Negación de la causa donandi: carga de la prueba.—La carga de la prueba de la nulidad de la donación por falta de *animus donandi* (y por tanto, por falta de causa), corresponde a quien la alega. No habiendo sido probada, la donación del inmueble debidamente documentada en escritura pública se tiene por válida.

Nulidad de la venta por inexistencia del precio: carga de la prueba.—Corresponde a los demandados probar la existencia del precio de la venta cuando éste no se realizó al otorgarse la escritura pública de compraventa.

No habiendo sido probada la existencia de precio, se estima nula la venta por simulación.

Protección del tercero hipotecario: requiere validez del título.—Es requisito para la aplicación del artículo 34 LH que el título inscrito sea válido. De lo contrario, se aplica el artículo 33 LH, afectando la declaración de nulidad al adquirente, que no puede quedar protegido. (STS de 14 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En virtud de escritura pública de donación fechada en 1965, los propietarios de la finca litigiosa la transmitieron a su hija como parte de la dote y a cuenta de su legítima y, en lo que excediera, de la parte de libre disposición. En 1991, los donantes otorgaron escritura pública de venta de la misma finca a favor de otro hijo, que inscribió su título en el Registro. Durante los años que mediaron entre la donación y la venta, los poseedores de la finca fueron los padres y el hermano de la donataria. La donataria demandó en primera instancia la declaración de nulidad por simulación de la venta, así como la cancelación de la inscripción registral a favor de su hermano y el reconocimiento de su título de propietaria así como la entrega del inmueble. La demanda fue estimada. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial desestimó el recurso. (C. J. D.)

10. Fiducia *cum amico*. Compra de la vivienda por la arrendataria con posterior venta de la misma a uno de sus hijos. Simulación.—En la adquisición, mediante compraventa, de vivienda por la arrendataria con dinero de uno de sus hijos, a quien después se le transmite por compraventa la nuda propiedad, sin que el comprador hiciera efectivo el precio, no hay simulación sino un acto instrumental de transferencia consecuente al acuerdo alcanzado para que la madre, con dinero del hijo, adquiriera para éste la vivienda, con el usufructo vitalicio de la propia madre.

No existía aquí activo patrimonial que se integrase en el caudal relicto, pues la posición de arrendatario no es transmisible *mortis causa*, sin que deba confundirse con ello el derecho a subrogarse, que surge para determinados parientes o convivientes en función de la misma convivencia con el inquilino. No había por tanto la posibilidad de «cercear legítimos derechos de los restantes coherederos», pues los derechos arrendaticios de la causante no podían integrarse en el caudal relicto. No se produce un fraude de los derechos de los legitimarios, salvo que se considerara la existencia de un préstamo o de una donación del importe de precio, gastos e impuestos del hijo a la madre y una adquisición por ésta de la vivienda para sí, desligando y aislando los concretos actos de puesta a disposición del precio más gastos, adquisición por la madre (primera escritura) y posterior transferencia al hijo (segunda escritura), pero no se presentan en el caso ni los elementos de la donación del precio ni hay documento u otra prueba que acredite el préstamo.

En este caso existiría una fiducia *cum amico*, acuerdo entre madre e hijo por el que aquélla adquiere la vivienda, usando su condición de arrendataria y para el mismo hijo, reservándose el usufructo. La posibilidad y licitud de la fiducia *cum amico* ha sido establecida con claridad por la jurisprudencia (SSTS de 16 de julio de 2001, 17 de septiembre de 2002 y 13 de febrero de 2003, entre las más recientes). En esta modalidad de negocio «el fiducia-

rio se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que sólo tiene una titularidad formal (aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de confianza» (STS de 16 de julio de 2001). Es una institución próxima al mandato, siendo válida aun habiéndose expresado una causa falsa, cuando se demuestra que está basada en una verdadera y válida (SSTS de 19 de diciembre de 1999, 1 de abril de 2000, 2 de abril de 2001 y 23 de octubre de 2002, entre otras). Se trata en definitiva de una adquisición por encargo, un mandato de adquirir.

La simulación de la segunda escritura es irrelevante, pues el mandante ya habría adquirido: el mandante adquiere una propiedad sustancial, mientras que el mandatario, frente a terceros ajenos al mandante, desconocedores del mandato, una propiedad formal; sustancialmente se trata de completar el iter transmisivo, intitulado a favor del mandante o fiduciante el bien que se ha adquirido para él. (STS de 7 de mayo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Doña A., como arrendataria de una vivienda del Instituto Madrileño de la Vivienda (IVIMA) y tras aceptar la oferta de venta realizada por éste, adquirió dicha vivienda el 25 de enero de 1995, siendo satisfechas las cantidades a abonar por su hijo don J. y su nuera doña M. A. El 8 de febrero, doña A. formalizó con su hijo J. y la esposa de éste, M. A., escritura de compraventa de la nuda propiedad de la vivienda, sin que el precio en ningún momento fuera hecho efectivo por los compradores.

Doña A. falleció el día 28 de diciembre, en estado de viuda de su primer y único matrimonio, dejando siete hijos (D., N., C., Na., J., Ca. y R.), declarados herederos por Acta de Notoriedad.

Doña N., doña C., doña Na., doña Ca. y doña R. dedujeron demanda contra los cónyuges don J. y doña M. A., por el que solicitaba la resolución del contrato de compraventa relativo a la vivienda, que entendían venía a constituir una donación encubierta en fraude de sus derechos legitimarios.

Dicha demanda es desestimada en primera instancia y estimada parcialmente en segunda por la Audiencia Provincial, declarando la nulidad de la compraventa y la cancelación de la correspondiente inscripción registral y su sustitución por otra a favor del conjunto de los herederos. Don J. y doña M.A. interpusieron recurso de casación, siendo estimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

11. Titularidades de fondos de inversión: a favor de esposa y cuñado: carácter real y no ficticio: carga de la prueba.—El actor afirmaba en su demanda que el hecho de que el demandado figurara como cotitular mancomunado del fondo de inversión constituía una mera ficción y respondía a la finalidad de salvaguardar los intereses de su hija menor para el caso de fallecimiento de los padres. La pretensión de la parte actora de excluir cualquier participación efectiva del demandado en la propiedad del fondo exigía, conforme al art. 1214 CC vigente a la sazón, la prueba por su parte de la existencia de tal finalidad. Pero dicha prueba no existe en autos y, por el contrario, aparece acreditado que en las múltiples cuentas, planes y fondos abiertos a nombre del actor, de su esposa o de su hija, individual o con-

juntamente, tras haber obtenido un importante premio económico, no se incluyó a terceras personas como titulares salvo en el caso del fondo litigioso; de aquí que, correctamente, se entendiera por la Audiencia que, al no resultar probada dicha finalidad, los efectos perjudiciales de dicho vacío probatorio habría de perjudicar a la parte actora que en tal caso no había justificado la razón de excluir de todo derecho al demandado sobre el fondo en el que aparecía como cotitular.

Reconvencción indebidamente formulada: falta de litisconsorcio pasivo necesario.—El actor formuló demanda dirigida a obtener declaración judicial de que determinado fondo de inversión pertenecía a la sociedad de gananciales formada por él mismo y su esposa, la que dirigió contra el cotitular del fondo, hermano de su esposa, interesando igualmente declaración acerca de la inexistencia de derecho alguno por parte del demandado sobre dicho fondo. Frente a ello el demandado no sólo postula la desestimación de la demanda sino que reconviene solicitando que se declare su propiedad exclusiva sobre el fondo de inversión y sus frutos; dicha acción reconvenicional se dirige únicamente frente a quien figura como demandante en el proceso cuando es lo cierto que la eventual estimación de su pretensión afectaría directamente a quien, como su hermana que es la esposa del actor, no es parte en el mismo. Como dice el art. 1385, p^{ar}. 2.º, Cc, y la STS de 11 de abril de 2003, cualquiera de los cónyuges está autorizado para ejercitar la defensa de los bienes e intereses comunes por vía de acción, facultad para demandar que la ley se atribuye con plenitud de consecuencias, sin que, en cambio, suceda lo mismo en el ámbito de la legitimación pasiva, donde las acciones contradictorias del dominio de bienes gananciales tienen que dirigirse necesariamente contra ambos cónyuges (SSTS de 26 de julio de 1993, 13 de julio de 1995, 14 de febrero y 5 de mayo de 2000). De aquí que la reconvencción aparece indebidamente formulada La STS de 6 de mayo de 2003 establece que si bien inicialmente la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario se fundó en la defectuosa constitución de la relación jurídico-procesal, ya a partir de las SSTS de 20 de julio de 1991, 14 de mayo de 1992 y 9 de junio de 1994 ha evolucionado hacia la inutilidad de la misma para conseguir la resolución de la cuestión de fondo, o lo que es igual, la inidoneidad jurídica del demandado para ser sujeto pasivo exclusivamente de la relación jurídica material deducida, y, añade, así ocurre cuando los terceros no demandados en la reconvencción presentan un interés tan legítimo y directo que puede ser afectado por la sentencia que recaiga (así SSTS de 10 de mayo de 1985, 10 de marzo de 1986, 20 de junio de 1991, 3 de marzo de 1992, 1 de julio y 21 de octubre de 1993, 30 de septiembre de 1994, 6 de abril de 1996, etc.). De ahí que no pueda entrarse en el examen de la acción reconvenicional al ser apreciada de oficio la falta de dicho presupuesto procesal que es de orden público en cuanto afecta a la válida constitución del proceso y de la cosa juzgada (SSTS de 9 de julio de 2004, 22 de noviembre de 2005 y 2 de octubre de 2006, entre otras). (**STS de 21 de mayo de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—En el trasfondo de este litigio hay un importante premio ganado (lotería o quinielas) por el actor, y el problema subsiguiente de la ulterior inversión de su importe. Concretamente se discute sobre la titularidad de un fondo de inversión de veinte millones de pesetas. que figura a favor del actor, de su esposa y de un hermano de ésta. El marido pretende que se declare judicialmente

que la titulación del cuñado es ficticia o simulada, lo que no logra demostrar en la instancia. Por su parte el hermano de la esposa se defiende y contraataca, oponiéndose a la demanda y pide por vía reconvenzional se declare que el fondo le pertenece a él en exclusiva, lo que se desestima igualmente por no haber demandado a su hermana, que también figura como titular del fondo. Al desestimarse incuestionablemente ambas peticiones, lo que parece insinuar el fallo es que «los trapos sucios, en casa...» (es decir: arreglaos en familia...). Ulteriormente, parece evidente la suma conveniencia de pedir asesoramiento antes de otorgar cuantiosas liberalidades en tales singulares circunstancias —como en el caso ocurrieron al parecer— proclives a la euforia del momento. (G. G. C.)

12. Suspensión de pagos. Convenio.—Se trata de un documento público desde el mismo momento en que fue aprobado judicialmente.

Datio pro soluto y datio pro solvendo. Diferencias.—La distinción jurisprudencia considera que *la datio pro soluto*, se trata de un acto en virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que éste aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular, actuando este crédito con igual función que el precio en la compraventa, dado que, bien se catalogue el negocio jurídico que implica como venta, ya se configure como novación o como acto complejo, su regulación ha de acomodarse analógicamente por las normas de la compraventa, al carecer de reglas específicas, adquiriendo el crédito que con tal cesión se extingue, como viene dicho, la categoría de precio del bien o bienes que se entreguen en adjudicación en pago de deudas, en tanto que la segunda, es decir, *la datio pro solvendo*, reveladora de adjudicación para el pago de las deudas, que tiene específica regulación en el artículo 1175 CC (LEG 1889, 27), se configura como un negocio jurídico por virtud del cual el deudor propietario transmite a un tercero, que en realidad actúa por encargo, la posesión de sus bienes y la facultad de proceder a su realización, con mayor o menor amplitud de facultades, pero con la obligación de aplicar el importe obtenido en la enajenación de aquéllos al pago de las deudas contraídas por el cedente, sin extinción del crédito en su totalidad, pues que, salvo pacto en contrario, el deudor sigue siéndolo del adjudicatario en la parte del crédito a que no hubiese alcanzado el importe líquido del bien o bienes cedidos en adjudicación toda vez que ésta sólo libra de responsabilidad a tal deudor por el importe líquido de los bienes cedidos en adjudicación, como expresamente previene el meritado artículo 1175 del CC, no generando en consecuencia el alcance de efectiva compraventa, que es atribuible por el contrario a la adjudicación en pago de deudas o *datio pro soluto*.

Tercera de dominio. Presupuesto.—La jurisprudencia exige el presupuesto de que el actor pruebe cumplidamente la propiedad de los bienes objeto de la misma antes de la fecha en que se llevó a cabo el embargo de aquéllos. (STS de 28 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La mercantil *Mar-Ric Inmobiliaria, S. A.*, interpuso demanda contra la Administración General del Estado (Hacienda Pública), don L. y doña V. y distintas mercantiles integrantes de la Junta de acreedores de la suspensión de pagos de don L. solicitando

la nulidad del embargo trabado por la Hacienda Pública, Delegación de Barcelona, en procedimiento de apremio seguido contra el antes citado don L. a resultas de una deuda tributaria. El Juzgado de Primera núm. 26 de Barcelona desestimó la demanda. La Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

13. Compensación legal de deudas. Efectos.—Del artículo 1202 CC se desprende que, concurriendo los requisitos propios de la compensación —créditos y deudas concurrentes vencidos, líquidos y exigibles— la misma se produce *ipso iure* hasta la cantidad concurrente, extinguiendo el crédito de menor cuantía y subsistiendo el mayor en cuanto a la cantidad restante, lo que tiene lugar automáticamente desde el momento en que se dan todos los requisitos de la compensación, aun cuando los efectos de la misma se declaren en el proceso una vez que las partes han hecho uso de su derecho. El automatismo de la compensación constituye expresión de la idea de que la neutralización de deudas se produce desde el mismo momento en que concurren los requisitos precisos, mas no significa que no sea necesario para compensar que lo quiera, al menos, uno de los deudores (*vid.* SSTs de 15 de febrero de 2005 y 3 de abril de 2006). Sólo si no hubieran concurrido anteriormente los requisitos propios de la compensación (art. 1195 CC), y ésta se produjera por razón de lo declarado en la sentencia —compensación judicial—, sería necesario antecedente para la misma la estimación en lo procedente tanto de la demanda como de la reconvencción para, a partir de ese momento, extinguirse el crédito menor y quedar como ejecutable el crédito mayor en la cantidad que excediere de la concurrencia de ambos.

Intereses legales moratorios. Mora automática.—Si en el documento de reconocimiento de deuda se establece el devengo de intereses de la cantidad que se reconoce como adeudada, no es necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista, por declararlo así expresamente la obligación, pues se está en el caso comprendido en el núm 1.º del artículo 1100 CC, distinto del contemplado en el artículo 1108 del mismo Código, en que se conviene el tipo de interés aplicable a la mora para el caso de que ésta se produzca. (STS de 30 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Don L.A., doña M. y T. S. M., S. A., interpusieron demanda contra doña S., en la que solicitaron se condenara a la demandada a abonar a los actores diversas cantidades. La demandada se opuso alegando compensación de créditos y formuló reconvencción en solicitud de que se dictara sentencia por la que se condenara a los actores iniciales a satisfacerle otras cantidades.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la demanda y estimando íntegramente la reconvencción. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando en su totalidad la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, los referidos actores recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

14. Características del incumplimiento resolutorio.—El incumplimiento de las demandadas respecto de la obligación de elevar a escritura pública el contrato celebrado queda patente si se tiene en cuenta que en el propio contrato se previó como fecha para tal elevación el día 2 de enero de 1994, sin que, pese a los requerimientos del actor —incluso por conducto notarial— para el cumplimiento de tal formalidad, exigida por los artículos 1279 y 1280.1.º CC, las demandadas hayan procedido a su otorgamiento en el momento de interposición de la demanda que tuvo lugar el 24 de noviembre de 1997. Aducen que tal circunstancia se deriva de causas ajenas a su voluntad y responde a los avatares surgidos en la ejecución del convenio urbanístico aprobado por el Ayuntamiento al que estaban sujetas las parcelas de su propiedad según se reflejó en el contrato de fecha 11 de julio de 1993. No obstante, en el mismo contrato las recurrentes aceptaron fijar como fecha para elevación del mismo a escritura pública la del día 2 de enero de 1994 y, transcurridos casi cuatro años desde tal fecha, aún no habían podido otorgar la escritura pública por causas que, sin duda, pudieron prever en el momento de la celebración del contrato y que en absoluto resultan imputables a la otra parte. Como señala la sentencia de esta Sala de 5 de febrero de 2007, no se 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 (SS, entre otras, de 7 de mayo y 15 de julio de 2003). En suma, como se ha declarado en la reciente S de 20 de septiembre de 2006, «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 injustificada falta de cumplimiento, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (SS de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004 y 3 de marzo de 2005, entre otras)».

La falta de otorgamiento de escritura pública constituye incumplimiento esencial.—[...] se sostiene que la falta de otorgamiento de la escritura pública no constituye un verdadero y propio incumplimiento referido a la esencia de lo pactado, tratándose de una cuestión accesoria y complementaria que no impide, por su escasa entidad, que el actor obtenga el fin económico del contrato. Citan a continuación las recurrentes la S de esta Sala de 4 de octubre de 1983 y las que en la misma se citan, de cuya doctrina se infiere que la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 CC requiere un incumplimiento grave o esencial sin que baste aducir el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias. Se emplea así por las recurrentes un argumento circular que conduciría a la aceptación de su tesis si no fuera porque la Audiencia ha estimado que el incumplimiento ha sido esencial al atribuir tal carácter a la obligación de elevar a escritura pública la transmisión de los inmuebles. Por ello no ha podido infringir la citada doctrina jurisprudencial que, en absoluto, pone de manifiesto que tal omisión sea puramente accesoria respecto de la esencia del contrato celebrado. Por el contrario, la falta de otorgamiento de la escritura responde, en primer lugar, a la falta de título de propiedad suficiente por parte de las demandadas, y en segundo lugar comporta la imposibilidad de acceso de la transmisión al Registro de la Propiedad con las consecuencias negativas que ello comporta para el adquirente.

Indemnización de los daños y perjuicios derivados del lucro cesante: la duda respecto a su cuantía no impide su reconocimiento.—En la demanda interpuesta por el ahora recurrente se interesaba que se condenara a las demandadas a satisfacer el importe de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento en concreta referencia al «lucro cesante» derivado del hecho de no haber podido ser explotada la finca por el actor mientras ha permanecido en posesión de aquéllas. La sentencia de primera instancia acogió tal pretensión y dejó para la ejecución de sentencia la determinación de la cantidad correspondiente a lucro cesante y pérdida o deterioro sufrido. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial revoca dicho pronunciamiento tras razonar que los daños no han quedado acreditados, pues no consta el estado en que se encontraba la finca en el momento de su entrega, sin referirse concretamente al concepto derivado del «lucro cesante». En este sentido ha de aceptarse la imputación e incongruencia que se condene en el motivo, ya que el artículo 359 LEC exige que las sentencias decidan «todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate», lo que determina que esta Sala haya de resolver sobre dicha cuestión [...]

El artículo 1106 CC dispone que la indemnización de daños y perjuicios comprende la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor. Es cierto que, como señalan las S de esta Sala de 6 de septiembre de 1991 y 5 de octubre de 1992, el lucro cesante no puede ser dudoso o incierto pero «tales dudas sólo son enervatorias de su reconocimiento cuando afectan al hecho mismo de su existencia o producción, no cuando afectan al *quantum*, sin que se olvide, como razona la doctrina científica, que entre la demostración absoluta y segura de que el lucro se iba a obtener y el reconocimiento de la indemnización en todo caso en que fuera meramente posible la ganancia, media la ponderación de las circunstancias de cada asunto y la razonable verosimilitud...»; la que ha de apreciarse en el caso presente al haber quedado privado el actor de la explotación de la finca de su propiedad desde que hizo entrega de la misma a las demandadas, por lo que procede que en ejecución de sentencia se proceda a su determinación desde la fecha interesada en el «suplico» de la demanda, posterior a dicha entrega. (STS de 31 de mayo de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El actor demanda a tres hermanas con las que había celebrado un contrato de permuta —al que denominaron compraventa— y que tenía por objeto una finca rústica y cuatro parcelas. Al tiempo de suscribir el contrato tuvo lugar la entrega de los correspondientes inmuebles pactándose que la firma de las escrituras se aplazaba a una fecha posterior (que se fijaba) y que si por cualquier circunstancia alguna de las partes decidiese anular la compraventa debería entregar a la otra la cantidad de dos millones de pesetas en concepto de daños y perjuicios y en cualquier otro concepto no previsto. El Juzgado atendiendo la demanda, declaró resuelta la permuta y condenó a las demandadas al pago de la cantidad estipulada en la cláusula referida más la correspondiente a los daños procedentes del lucro cesante y deterioro de la finca junto con las costas del juicio. La Audiencia estimó parcialmente la apelación declarando la improcedencia de la aplicación de la cláusula penal y de la indemnización por los daños. Recurrieron en casación actor y demandadas estimándose en parte el recurso del actor lo que supuso para éste la indemnización del lucro cesante desde que dejó de poseer su finca. (R. G. S.)

15. Resolución contractual por incumplimiento de la obligación de cancelar determinada hipoteca. Retraso en el cumplimiento. Inexistencia de incumplimiento resolutorio.—El mero retraso no es suficiente para la resolución, salvo en supuestos de especial relevancia del tiempo o del cumplimiento tempestivo de la prestación. De ahí que la jurisprudencia haya venido exigiendo, además de que haya cumplido quien promueve la resolución, las obligaciones que le correspondieran de una parte, que se aprecie en el acreedor que insta la resolución un «interés jurídicamente atendible», tópico mediante el cual se expresa la posibilidad de apreciar el carácter abusivo o contrario de buena fe, o incluso doloso, que puede tener la resolución cuando se basa en un incumplimiento más aparente que real, pues no afecta al interés del acreedor en términos sustanciales, o encubre la posibilidad de conseguir un nuevo negocio que determinaría un nuevo beneficio. Y, por otra parte, que se trate de un incumplimiento de cierta entidad, que se ha caracterizado como «verdadero y propio» (SS 15 de noviembre de 1994, 7 de marzo y 19 de junio de 1995, entre muchas otras), «grave» (SS de 23 de enero y 10 de diciembre de 1996, 30 de abril y 18 de noviembre de 1994, etc.), «esencial» (SS de 26 de septiembre de 1994, 26 de enero de 1996, 6 de octubre de 1997, 11 de abril de 2003, etc.), a cuyo efecto se utilizan tópicos como los que caracterizan el incumplimiento resolutorio acudiendo a que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados (SS de 25 de noviembre de 1983, 19 de abril de 1989, etc.) o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes (SS 22 de marzo de 1985, 24 de septiembre de 1986, etc.), o bien genere la frustración del fin del contrato (SS de 23 de febrero de 1995, 10 de mayo de 2000, 25 de febrero, 11 de marzo y 15 de octubre de 2002, entre las más recientes). Tales criterios para la determinación de la entidad o esencialidad del incumplimiento han sido resumidos por autorizada doctrina señalando varios parámetros, como la importancia para la economía de los interesados, la entidad del incumplimiento como obstáculo para impedir la satisfacción o para provocar la frustración, que ha de predicarse del fin o fin práctico del contrato, a lo que equivale la llamada «quiebra de la finalidad económica». Y es claro que en el caso que nos ocupa no puede atribuirse a la falta del asiento de cancelación, cuando se ha amortizado la deuda, importancia suficiente para justificar la resolución. Otras habrán de ser las consecuencias, desde exigir el cumplimiento a reclamar los daños que eventualmente se hayan producido.

Pago del crédito garantizado y aceptación de pagos más allá del plazo convenido.—Queda probado que el préstamo para cuya cobertura o garantía se constituyó la hipoteca había sido totalmente amortizado a la fecha de 21 de abril de 1993 aún cuando, atendido el préstamo y extinguido la deuda, no se haya procedido a la cancelación en el Registro. La Sala de instancia no ha estimado en el caso la existencia de un incumplimiento resolutorio, y para argumentar esta conclusión pone de relieve que el deudor «aunque con retraso, ha cumplido y el cumplimiento ha sido aceptado». El plazo concedido, de tres meses, para la cancelación de la hipoteca o para obtener el aval bancario, a contar desde el 25 de julio de 1985, se había sobrepasado con creces cuando el 11 de noviembre de 1988 se presenta la demanda, sin que en el ínterin haya mediado una intimación por mora, pues, bien al contrario, se habían aceptado los pagos parciales que se iban llevando a efecto en el crédito garantizado con la hipoteca que se había de cancelar. (STS de 4 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—Don P. F. y D.^a M. concluyen con don B. y doña M. R. y la entidad F. P., S. A., un contrato el 25 de julio de 1985, por el que estos últimos asumen la obligación de cancelar la hipoteca que grava la vivienda y parte proporcional de los bajos de la casa núm. XX de la calle XXXX como precio o contraprestación de la cesión del 67% de unas acciones. Tal obligación había de cumplirse en el plazo de tres meses y, para el supuesto de que por cualquier circunstancia no se pudiera llevar a la práctica lo pactado, se preveía que el demandado, don B., ofreciera aval bancario a favor de la contraparte, «afianzando la libertad de la expresada vivienda, que quedará desafectada de la hipoteca en cuestión», según los términos literales de la cláusula. D. El 11 de noviembre de 1988 se presenta demanda por doña P. F. y doña M, solicitando la resolución del contrato por incumplimiento contractual. El Juzgado de 1.^a Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación y revoca la sentencia únicamente en el extremo relativo a las costas en instancia. Actores y apelantes interponen recurso de casación. (S. M. S.)

16. Contrato. Facultad resolutoria: ejercicio.—La jurisprudencia considera que la facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento, no sólo en la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, bien negando el incumplimiento, bien rechazando la oportunidad de extinguir el contrato.

Contrato. Facultad resolutoria: ausencia de requisitos pactados.—Cuando la literalidad de la cláusula resolutoria pactada, en que la expresión de la voluntad resolutoria del contrato por la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra no quedaba sujeta a ningún requisito en cuanto a su forma y contenido es suficiente para la producción del efecto resolutorio la declaración, pura y simple, de tener por resuelto el contrato dirigida a la otra parte, sin necesidad de hacer mención expresa de la causa del incumplimiento.

Doctrina de los actos propios: concepto y requisitos.—La doctrina de los actos propios ha sido desarrollada por la jurisprudencia en el sentido de que el principio en cuestión, basado en la necesidad de proteger la buena fe y la confianza, amén de la apariencia y estabilidad de las situaciones jurídicas, exige, para que su autor quede ligado frente al sujeto pasivo de los mismos, una palmaria contradicción entre lo realizado por el primero y la acción que luego el propio interesado ejercita, o lo que es igual, que exista un nexo de causalidad entre dichos actos y su incompatibilidad con lo ulteriormente pretendido, habiéndose matizado dicha doctrina por la jurisprudencia en el sentido de que no merecen la calificación de actos propios los que no dan lugar a derechos y obligaciones o no se ejecuten con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo los actos contra los que no es lícito actuar aquéllos que, por su carácter trascendente o por constituir convención, causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, situación jurídica o de hecho que no podrá ser alterada por quien se hallaba obligado a respetarla.

Doctrina de los actos propios: carácter inequívoco.—Para poder estimar que se ha infringido la doctrina de los actos propios, que encuentra su

apoyo legal en el artículo 7.1 CC ha de haberse probado quebranto del deber de coherencia en los comportamientos, debiendo concurrir en los actos propios condición de ser inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar o extinguir, sin ninguna duda, una precisada situación jurídica afectante a su autor, ocasionando incompatibilidad o contradicción entre la conducta precedente y la actual. (STS de 27 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La entidad mercantil *José Vidal de la Peña, S. A* interpuso demanda contra la entidad *Iveco-Pegaso, S. A*, sobre indemnización por daños y perjuicios derivados de resolución de contrato de concesión. El Juzgado de Primera núm. 1 de Madrid desestimó la demanda. La Sección 16.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

17. Es posible acumular la acción de nulidad por simulación y la acción pauliana.—[...] Esta Sala acepta la declaración de la sentencia de apelación de que se trata aquí de negocios simulados, por falsedad de la causa, sometidos a la correspondiente acción de nulidad de conformidad con los artículos 1300 y siguientes, en relación con el artículo 1276, todos del Código civil, pudiendo afirmarse que la nulidad de tales actos no es otra que la de frustrar la efectividad práctica de las acciones de la demandante en fraude de su derecho, lo que da base además para el ejercicio de la acción revocatoria de los artículos 1111 y 1291 del mismo ordenamiento, habida cuenta de que, en atención a los hechos determinados como probados en la resolución recurrida, los actos y negocios jurídicos realizados por la parte demandada entrañan en su conjunto una muy hábil maniobra de fraude procesal.

[...] Por último, con indicación a la acumulación de la acción de nulidad por simulación relativa y la rescisoria por fraude de acreedores, esta Sala considera acertado el criterio seguido en la instancia acerca de su posibilidad, pues tanto la nulidad como la rescisión son supuestos de ineficacia (en pureza teórica, la primera se encaja por la mejor doctrina de ineficacia originaria y la segunda como sobrevenida), esto es, ambas tienen un objetivo común, en la idea de que lo que se pretende es que no surtan efectos los contratos atacados por los correspondientes defectos (STS de 30 de octubre de 1997).

Requisitos para el ejercicio de la acción pauliana: insolvencia del deudor.—Igualmente, hay que tener en cuenta la posición de esta sede respecto a que para el éxito de la acción pauliana no es necesario realizar una previa persecución de los bienes del deudor para acreditar su insolvencia (STS de 30 de julio de 1999), ni se precisa que ésta sea absoluta (STS de 15 de febrero de 2000), y tampoco que se haya promovido un pleito previo para acreditarla (STS de 7 de marzo de 2001); y con mención a la proximidad de la fuente de prueba, como declara la STS de 16 de junio de 1999, «en poder del que impugna el incumplimiento del requisito de la insolvencia está la prueba del hecho positivo, mediante el señalamiento de bienes suficientes que no han sido agredidos.» (STS de 18 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—A demanda a una sociedad anónima junto a B, C —esposa del anterior— y D, liquidador de la sociedad. El liquidador

de la sociedad - D - había reconocido la existencia de un crédito a favor de B, asegurando su pago con hipoteca sobre dos fincas. Seguidamente D había cedido a C, esposa del acreedor, la totalidad del activo y el pasivo de la sociedad: el activo, consistente en las dos fincas hipotecadas; el pasivo, la deuda correspondiente al crédito reconocido a favor de B. La parte actora –que previamente había interpuesto una acción rescisoria por lesión en el precio de las fincas y otra resolutoria por incumplimiento de los compradores– entiende que la operación realizada tiene como finalidad la ejecución de la hipoteca para que, de este modo, las fincas regresaran al patrimonio de B a través de la interposición de su esposa, C. El Juzgado rechazó la demanda, pero su sentencia fue revocada en apelación, pues la Audiencia declaró nulos e ineficaces por simulados y fraudulentos el reconocimiento de deuda, la cesión global del activo y pasivo de la sociedad y la constitución de hipoteca sobre las fincas. Interponen recurso de casación el matrimonio B y C, declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (R. G. S.)

18. Acción pauliana: requisito *consilium fraudis*.—La STS de 17 de julio de 2006 establece que la intención defraudatoria resulta bien manifiesta, como en el supuesto de venir demandada por la próxima y segura existencia posterior del crédito a lo que cabe añadir cuando ocurre que se tiene pleno conocimiento de la existencia de débitos tributarios o como afirma la S de 28 de diciembre de 2001, que cabe aplicar «la acción pauliana a créditos existentes, pero no exigibles al tiempo de la enajenación fraudulenta, o incluso a los de próxima y segura o muy probable existencia». Así pues es concebible la rescisión del negocio jurídico fraudulento cuando éste se hace en previsión de lo que va a suceder en el futuro, aun cuando en el momento de su celebración no exista una efectiva situación de insolvencia del deudor. En el caso concreto, por tanto, concurre el requisito cuestionado, puesto que la transmisión se realizó entre quienes, por su condición de accionistas mayoritarios de la compañía P., S. A., podían conocer la verdadera situación de la empresa, declarada en suspensión de pagos cinco meses después de la transmisión patrimonial impugnada. Por otra parte, cuando se dice que, al enajenarse el 35% del local, el patrimonio del deudor superaba los 326.970.000 pesetas, lo que superaba la referida cantidad no era el patrimonio sino el activo patrimonial. Por tanto, las deudas que tenía contraídas el deudor minoraban en gran medida el activo patrimonial del deudor. Por tanto, no es erróneo concluir que la enajenación del único activo patrimonial que éste poseía, sin carga alguna hipotecaria, con carácter previo a la declaración de insolvencia fuese con ánimo de preservar parte del patrimonio en perjuicio del banco acreedor. (STS de 19 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La mercantil *BCH, S. A.*, planteó la impugnación del negocio jurídico de compraventa del 35% de una finca, concertado entre los codemandados, don R y don E., hijo y padre respectivamente, en fraude de acreedores, ejercitando la acción pauliana, dado que la entidad bancaria demandante era acreedora del demandado, Sr. R., como consecuencia de varias pólizas de crédito otorgadas a favor de *P., S. A.*, de las cuales aquél era fiador solidario;

que no existían bienes del demandado con los que satisfacer la deuda; que la compraventa antes referida encubría una causa gratuita y que se realizó en fraude de acreedores.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda íntegramente al entender que no concurría el requisito del *consilium fraudis*, por cuanto, al momento de producirse la transmisión patrimonial cuya rescisión se pide, el demandado, Sr. R. tenía otros bienes con los que hacer frente a la deuda. La Audiencia Provincial, por el contrario, revocó la sentencia de primera instancia y estima íntegramente la demanda por considerar que concurren todos los requisitos para el ejercicio de la acción rescisoria. La parte demanda interpone recurso de casación. (S. M. S.)

19. Créditos privilegiados. Crédito salarial: ámbito. Protección extensible a la indemnización por despido nulo.—Conforme a la STS de 27 de julio de 2000, deben entenderse incluidas en el ámbito de protección salarial del artículo 32 ET no sólo las retribuciones percibidas de una manera directa e inmediata por la prestación del trabajo, sino también las indemnizaciones derivadas de un contrato laboral, atendándose a la dicción del artículo 33 ET, particularmente de su apartado 5.º, del que se infiere un concepto amplio de salario a la hora de establecer su ámbito de protección (*vid.* asimismo los AA de la Sala de Conflictos de Competencias de 27 de junio de 1992 y 4 de abril de 1994). Igualmente la Sala 4.ª del Tribunal Supremo (SS de 23 de octubre de 1986, 30 y 19 de diciembre de 1987, 27 de julio y 15 de diciembre de 1988, 3 de octubre y, 26 de febrero de 1990 y 25 de mayo de 1995) aboga por un concepto amplio de salario, a los efectos de determinar el ámbito de protección dispensada por el artículo 32 ET, del cual se deduce que pese al calificativo «salarial» empleado se está refiriendo no sólo a los débitos salariales en sentido estricto, sino también a las indemnizaciones. El argumento se integra con la previsión legal contenida en el artículo 90.2 LGSS, que expresamente dispone que las prestaciones que deben satisfacer los empresarios a su cargo tendrán el carácter de créditos privilegiados, gozando al efecto del régimen establecido por el art. 59 de la extinta Ley de Contrato de Trabajo, hoy del artículo 32 ET.

Por último, en el caso examinado el despido de los trabajadores fue declarado nulo, siendo la consecuencia legalmente prevista de dicha declaración de nulidad la inmediata readmisión de los trabajadores con el abono de los salarios dejados de percibir; y que esta consecuencia legal sólo se sustituye por la indemnización, conforme a lo dispuesto en el artículo 284 de la entonces vigente LPL, a resultas de la imposibilidad material de hacer efectiva la sentencia que declaró nulo los despidos, habida cuenta del cese de la actividad y del referido cierre de la empresa, lo que redonda en el carácter sustitutivo del salario que cabe atribuir a las indemnizaciones que conforman el crédito objeto de la presente tercería de mejor derecho. (STS de 29 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Entre el Banco SCH, S. A., y don J. L. se concertaron dos pólizas de crédito, con garantía personal. El incumplimiento por el deudor de las obligaciones contractuales determinó que se procediese al cierre y liquidación de las cuentas. El banco promovió juicio ejecutivo contra el deudor, procediéndose al embargo de

determinadas fincas propiedad del deudor, y el 4 de mayo de 1993 se dictó sentencia de remate por la que se dispuso seguir adelante la ejecución despachada hasta hacer trance y remate de los bienes embargados, y con su producto hacer entero y cumplido pago al ejecutante.

Con posterioridad, la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Palma de Mallorca de 29 de julio de 1993 declaró nulo el despido de doña L., don I., don A., don J. M., don H. y don Ab., trabajadores de la empresa de don J. L., condenando a ésta a que los readmitiera en los mismos puestos de trabajo e iguales condiciones, con abono de los salarios dejados de percibir. Promovida la ejecución de la anterior sentencia, el Juzgado dictó Auto por el que, ante la imposibilidad de readmitir a los trabajadores por el cierre de la empresa, se declaró extinguida la relación laboral que les unía con la empresa y se condenó al empresario a abonarles una indemnización. Posteriormente dictó Auto por el cual se instaba la ejecución de la sentencia dictada en su día, y tras ello se acordó por el Juzgado el embargo de determinadas fincas del deudor. Librado el correspondiente mandamiento al Registro de la Propiedad para la anotación del embargo, por éste se comunicó que se había expedido certificación en el procedimiento de ejecución entablado por el banco acreedor.

Los trabajadores interpusieron demanda de tercería de mejor derecho, a la que se opuso el banco ejecutante.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de tercería y declaró el mejor derecho de los trabajadores frente al banco ejecutante en orden al cobro de sus créditos preferentes, por los conceptos de salarios e indemnizaciones por despido con sus correspondientes intereses. Interpuesto recurso de apelación por el banco ejecutante, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, el banco recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

20. Preferencia de los créditos profesionales de abogado.—El recurrente reproduce en este motivo la cuestión jurídica que subyace desde el inicio del procedimiento, en torno a la aplicación a los honorarios reclamados de la preferencia crediticia contemplada en el art. 1924.2.ºA) CC, que, con relación al resto de bienes muebles e inmuebles del deudor incluye con tal privilegio a los créditos devengados «A) por gastos de justicia y de administración del concurso en interés común de los acreedores, hechos con la debida autorización o aprobación», justificando su pretensión el recurrente porque los que se reclaman no son honorarios en general, que, según reconoce, carecen de tal preferencia, sino honorarios, derechos y suplidos del propio juicio en el que se ha obtenido el dinero, los cuales a diferencia de los honorarios en general sí deberían gozar de esa preferencia.

Además de la S de 31 de mayo de 1991, en que apoyó su decisión la Audiencia Provincial, esta Sala, en S 492/2004, de 3 de junio, en supuesto similar estableció cual debía ser la correcta interpretación del artículo 1924.2.ºA), CC, señalando a tal fin los presupuestos que debían concurrir para enmarcar los créditos por honorarios profesionales en tal posición privi-

legiada, concluyendo que, «conforme referido artículo 1924.2.ºA), para ser reputados los honorarios profesionales reclamados como gastos de justicia ha de tratarse de devengos en interés común de los acreedores, y además la norma exige que hayan sido hechos con la debida autorización o aprobación, es decir, se precisa la intervención en este sentido del órgano judicial correspondiente o, en su caso de los órganos del concurso cuando se trata de este procedimiento»; fijados ambos requisitos, se precisa que los honorarios no puedan incluirse en el supuesto de hecho regulado por dicho precepto cuando la parte actora, a quien corresponde la carga de probar que los gastos se hicieron en interés común de los acreedores y con la debida aprobación de los órganos del concurso, no ha logrado acreditar tales extremos, concretamente señala la S de 3 de junio de 2004, en coincidencia con la sentencia de 31 de mayo de 1991, en los que se apoya, que se debe descartar la aplicación del art. 1924.2.ºA, CC cuando «ninguno de los referidos requisitos ha sido acreditado por el demandante, como era carga probatoria que le incumbía y los honorarios que reclama» añadiendo que «consecuentemente, no gozan de ninguna preferencia por razón de trabajo personal, al tratarse de servicios que no derivan de una relación laboral de dependencia, sino de servicios propiamente liberales». (STS de 12 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Abogado y procuradora presentan demanda de tercera contra la entidad ejecutada y el ejecutante interesando se declare su mejor derecho a reintegrarse en su crédito —honorarios, derechos y gastos de abogado y procurador— con el producto de los bienes embargados a la sociedad ejecutada con preferencia al ejecutante. La sociedad había sufrido un incendio, riesgo cubierto por un seguro. La aseguradora denegó el pago de la indemnización por entender que el siniestro se debía a la propia asegurada a raíz de lo cual se originaron sendos pleitos en la vía civil y penal. Los terceristas asumieron la representación y asistencia de la sociedad, servicios que no les fueron abonados. Lograron finalmente el embargo de las cantidades debidas por la aseguradora pero al tiempo de su ejecución tuvieron noticia de otro embargo sobre la misma cantidad. La sentencia de instancia desestimó la demanda de tercera. Apelan los terceristas y la Audiencia no acoge el recurso. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por el abogado. (R. G. S.)

21. Venta de cosa ajena.—Tanto la jurisprudencia como la doctrina han admitido la validez de la venta de cosa ajena. El vendedor puede, de hecho, adquirir la finca posteriormente y dejar como definitiva la transmisión o puede darse la obligación de saneamiento por evicción, o puede dar lugar a la adquisición *a non domino* por el juego de los artículos 464 CC o 34 LH, según el caso. No tiene sentido la afirmación de que el contrato es nulo por falta de objeto.

Objeto del contrato de compraventa.—El objeto del contrato de compraventa es la cosa y el precio (*rectius*, las obligaciones recíprocas de entregar la cosa y el precio).

Fe pública registral. Artículo 34 LH.—En virtud del artículo 34 LH se mantiene en su adquisición a quien adquiere a título oneroso y de buena fe del titular registral, aunque éste ya no sea propietario. Se produce, entonces,

la adquisición *a non domino* del tercero. (STS de 20 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O' Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Aunque los antecedentes de hecho de la sentencia analizada no resultan muy claros, parece que en el presente litigio hay que partir de la existencia de tres fincas: la núm. 001, la núm. 009 y la núm. 004, todas ellas inscritas en el Registro de la Propiedad de Toledo e íntimamente relacionadas entre sí.

La finca núm. 001 es el resultado de la agrupación de varias fincas, entre ellas la núm. 009; dentro de la finca núm. 001 se encuentra, además, parte de la finca núm. 004, que, sin embargo, se había segregado previamente de la finca núm. 009.

Y así, por un lado, el titular registral de la finca núm. 009 vendió la finca núm. 004 a la Administración del Estado. La finca núm. 004, mediante agrupación, dio lugar a otra que se inscribió a favor del Estado en virtud del artículo 206 LH.

Posteriormente, los causahabientes del titular registral de la finca núm. 009 vendieron a *U, S. A.*, la finca núm. 001, en la que, como se ha dicho, se hallaba una parte de la finca núm. 004. La compradora inscribe su derecho y una entidad de crédito le otorga préstamo hipotecario sobre la finca objeto de venta.

En síntesis, *U, S. A.*, adquiere a título oneroso y de buena fe de quienes aparecen indebidamente como titulares registrales de la finca.

El Abogado del Estado interpone demanda solicitando la nulidad del contrato de compraventa celebrado sobre la finca núm. 001, así como todas las consecuencias registrales derivadas de dicha declaración.

Tanto en primera instancia como en apelación estiman la demanda. El recurso de casación, fundado en la protección otorgada por el artículo 34 LH, es estimado por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La presente sentencia se basa fundamentalmente en la doctrina sentada por la propia Sala 1.^a del Tribunal Supremo en la S de 5 de marzo de 2007, dictada por el pleno y que ha sido comentada recientemente por M. CUENA CASAS en *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, V. 1.^o (2005-2007), dir. M. Yzquierdo Tolsada, Madrid 2008. (B. F. G.)

22. Venta de plazas de garaje con reserva de dominio a favor del vendedor, que carece de poder de disposición sobre los bienes vendidos bajo condición mientras el comprador cumpla normalmente su obligación de pago.—Estas situaciones producen, asimismo, para el vendedor, estando pendiente el pacto de reserva de dominio (SS de 19 de mayo de 1989 y 12 de marzo de 1993) y mientras el comprador cumpla normalmente su obligación de pago, conforme sucedió en la controversia, que carezca de poder de disposición respecto al bien que vendió, así como, y por ello, de facultades de transmisión del mismo a terceros, tanto en forma voluntaria como forzosa —y los embargos son un anticipo de esta última modalidad—; por lo que a la compradora le asiste, *pendente conditione*, el indudable derecho del ejercicio de la tercera de dominio sobre la vivienda adquirida y trabada en embargo por deudas propias de quien se la vendió, a las que es totalmente ajena. Así lo exige la conservación necesaria de sus legítimos derechos,

la equidad (art. 3-2.º CC), los principios generales de la contratación (*pacta sunt servanda*), la norma imperativa de que el cumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de los contratantes (art. 1256 CC) y menos procede dejar sin defensa, como plenamente vencidas, en situaciones como la del pleito, a aquellas personas que no las provocaron y son totalmente extrañas a las deudas determinantes de los embargos practicados.

El adquirente de los derechos del comprador tiene un derecho de propiedad sometido a condición suspensiva.—Por tanto, el matrimonio mencionado, demandado y ejecutado en vía de apremio en otro proceso, transmitió forzosamente por el embargo y su ejecución sus derechos sobre las plazas de garaje y estos derechos eran los de propiedad sometidos a condición suspensiva y esta transmisión debe mantenerse, por ser válida y al ser la sociedad demandante causahabiente y subrogada en la posición de aquel matrimonio, tiene derecho de propiedad sobre las tres plazas de garaje siempre que pague el resto del precio que queda por pagar y tiene derecho asimismo a que el titular registral le otorgue escritura pública de transmisión de la propiedad de las tres plazas de garaje. Lo cual coincide exactamente con lo resuelto en primera instancia. Por ello, al estimar el segundo de los motivos del recurso de casación, fundado en el número 4.º del artículo 1692 LEC, esta Sala asume la instancia y resuelve lo que corresponde dentro de los términos en que aparece planteado el debate, como contempla el artículo 1715.1.3.º de la misma Ley. (STS de 16 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—La sociedad demandante se había adjudicado en subasta judicial los derechos que pudieran corresponder al comprador ejecutado sobre tres plazas de garaje sobre la que la vendedora ejecutante se había reservado el dominio hasta que se verificara en pago de todas las cantidades adeudadas en virtud de las compraventas. La adjudicataria demandó a la vendedora solicitando que se le condenase a otorgar escritura pública que le permitiera la inscripción registral y le aceptara los pagos pendientes.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia. (L. F. R. S.)

23. Incompatibilidad de las acciones *quantum minoris e indemnizatoria*.—Examinando la correspondencia entre el suplico de los escritos rectores y el fallo de la sentencia impugnada, se aprecia que en la demanda se ejercita acción interesando el cumplimiento del contrato y el pago del precio adeudado más los gastos derivados de la devolución de las cambiales libradas con aquella finalidad, y en la contestación, además de oponerse a la pretensión principal, se formula reconvencción, que, tal y como reconoce la parte recurrente, contiene dos pretensiones acumuladas, expresamente calificadas por la parte como «acciones de minoración del precio por vicios ocultos y de resarcimiento de daños y perjuicios», de manera que, formado así el objeto de debate, éste encuentra oportuna respuesta en el fallo de la sentencia de instancia, confirmada en apelación, que, en consonancia con la doctrina de esta sala, se pronuncian a favor del derecho de la actora a percibir el precio, pero rechazando, simultáneamente, que la actitud renuente al

pago de la compradora se compadezca con el hecho de que la vendedora entregara cosa de calidad inferior a la pactada, a que tal conducta, aunque pudiera integrar un cumplimiento defectuoso, no se combatió con el ejercicio de una acción resolutoria o redhibitoria, única acción compatible con una indemnización, sino que se pretendió compensar con la obtención de una rebaja en el precio, al amparo del artículo 1486 CC, acción ésta que estaba caducada al amparo del artículo 1490, y que no permitía una indemnización adicional, pues según se ha dicho reiteradamente, la *quantum minoris* «no tiene una finalidad indemnizatoria, sino de restablecimiento de la equidad contractual» (STS de 23 de septiembre de 2003), siendo por ello incompatible con una indemnización complementaria («si se ejercita la acción *quantum minoris* no se puede obtener más que una reducción o rebaja en el precio, no una indemnización de daños y perjuicios complementaria; esta acción indemnizatoria la reserva única y exclusivamente el art. 1486 CC para cuando se ejercite la acción redhibitoria», STS 14 de junio de 1996).

[...] el artículo 1101 CC contempla el derecho que faculta a la parte que corresponda a ser indemnizada cuando la contraparte incumpla sus obligaciones contractuales, siendo el precepto al que debe acudir, en el lugar de las acciones redhibitoria y *quantum minoris*, a que se alude, el artículo 1486 del mismo cuerpo legal cuando el incumplimiento implica la entrega de cosa distinta y provoca la inhabilidad del objeto y la completa frustración del comprador (STS 10-10-2000), pero no pudiendo buscarse amparo en el aquí denunciado cuando se trata de compensar los vicios o defectos de la cosa, pues tal supuesto determina que entren en juego las opciones recogidas en el artículo 1486, pudiendo el comprador elegir entre la resolución o el cumplimiento con rebaja del precio. Y es en el supuesto en el que se ejercita una acción por vicios ocultos cuando esta Sala ha reiterado que la indemnización a que alude el párrafo segundo de dicho artículo, sólo resulta compatible si se opta por el ejercicio de la acción resolutoria (redhibitoria) pero no cuando la opción elegida es la estimatoria o *quantum minoris*, dirigida únicamente a restablecer el equilibrio contractual mediante una rebaja en el precio, pretensión que fue la solicitada por la recurrente en vía reconvencional partiendo para ello de la existencia de vicios ocultos de una entidad tal, que no llegaron a provocar la inhabilidad del objeto, por cuanto consta probado que el hormigón fue recepcionado empleado en la construcción, no pudiendo por ello alegarse como infringida la doctrina fijada por esta Sala en la S de 21 de marzo de 1994, en cuanto recayó en un caso en que no se ejerció acción para el saneamiento de los vicios ocultos. (STS de 21 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—El recurso de casación arranca de un proceso en el que la controversia gira en torno a los efectos de un contrato de suministro que las partes reputan incumplido. La empresa suministradora de hormigón, por la falta de pago de la compradora; esta última, por la entrega de un cemento de calidad inferior a la pactada. Además la compradora reconviene exigiendo una rebaja sobre el precio pactado y el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados que concreta en la comprobación de la estructura, paralización de las obras, demora en la entrega de la obra, etc. El Juzgado de primera instancia estimó íntegramente la demanda de la empresa suministradora y la Audiencia confirmó su sentencia. No ha lugar al recurso de casación interpuesto por la compradora. (R. G. S.)

24. Compraventa de oficina de farmacia. Resolución por haber ejercitado otros farmacéuticos el derecho de adquisición preferente. Incumplimiento negligente imputable al vendedor.—Es cierto que las normas reglamentarias anteriormente referidas, de las que se desprende un derecho de adquisición preferente por parte de los farmacéuticos colindantes, eran conocidas por ambas partes en el momento de suscribir el contrato pero también lo es que el vendedor manifestó en el mismo gozar de la plena disponibilidad de la farmacia, lo que sin duda pudo llevar a la compradora a entender que la obligación administrativa de comunicación acerca de su futura enajenación había sido cumplida previamente por el demandado Sr. Ramón, para lo cual también resultaba determinante la intervención en el contrato de una entidad especializada como era la codemandada *Farmaconsulting Transacciones, S. L.* El artículo 5.º del Real Decreto 909/1978 dispone que «cuando la oficina de farmacia se encuentre a menos de 250 metros de otra u otras, los farmacéuticos colindantes podrán optar previamente a su adquisición, con objeto de proceder a su clausura y amortización y sin que pueda dar lugar ni posibilidad a otra solicitud de autorización y apertura en la misma zona» y el artículo 12 de la Orden Ministerial de 21 de noviembre de 1979 obliga al farmacéutico propietario de una oficina de farmacia que se proponga cederla, traspasarla o venderla, a comunicarlo con antelación suficiente al Colegio Provincial de Farmacéuticos correspondiente a los efectos de la posible adquisición con preferencia por otros profesionales próximos. En el caso presente tal comunicación consta efectuada por el Sr. Ramón varios días después de haber efectuado la venta a la actora, la cual no fue oportunamente advertida de la posibilidad de que la venta pudiera quedar sin efecto a consecuencia de tal comunicación.

Ello constituye sin duda una contravención de las obligaciones del vendedor en orden a poner en conocimiento del comprador todas las circunstancias que puedan influir en la eficacia del contrato y supone una actuación, al menos negligente, por parte de aquél que, en consecuencia, habrá de responder de tal incumplimiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1101 del CC, sin que por el contrario quepa atribuir a la compradora contribución alguna de carácter culposo en tal incumplimiento, según lo ya razonado.

Indemnización de los daños y perjuicios en virtud de arras penales como cláusula penal.—Dicho incumplimiento del vendedor hace surgir para la compradora la facultad resolutoria prevista en el artículo 1124 CC, con los efectos de poder instar junto con la resolución contractual el rescarcimiento de daños y abono de intereses que dicha norma contempla con el contenido previsto en el artículo 1106 del mismo código; preceptos ambos que han de considerarse infringidos por la sentencia hoy recurrida. No obstante, se ha de tener en cuenta que en el caso presente los propios contratantes previeron los efectos de un futuro incumplimiento en la estipulación cuarta del contrato, para el caso de incumplimiento de la parte vendedora, supuesto en que ésta vendría obligada no sólo a devolver la cantidad de ocho millones de pesetas entregada inicialmente en concepto de arras penales sino también una cantidad igual en concepto de penalización. La conceptualización de las arras penales como cláusula penal comprendida en el artículo 1152 del CC, que la propia recurrente sostiene al formular el recurso, conduce a estimar que la satisfacción de la pena sustituye a la indemnización de daños y abono de intereses en caso de falta de cumplimiento desempeñando así una función propiamente liquidatoria, lo que incluso llevó a la parte demandante a postular en el suplico de la demanda que el pago de la cantidad de ocho millones de pesetas, que

habría de añadirse a la devolución de lo en su día entregado, sería en concepto de arras penales e indemnización de daños y perjuicios. Ello justifica el tratamiento conjunto de los motivos tercero y cuarto, pues de lo que ya se ha razonado se infiere claramente que la indemnización de daños y perjuicios correspondiente a la compradora ha de quedar reducida al cumplimiento de dicha cláusula penal con entrega a la misma de la cantidad de ocho millones de pesetas por todos los conceptos.

La reclamación de daños morales exige que el reclamante los cuantifique.—Como señala la S de esta Sala de 26 de octubre de 2006 «... el daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigido, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes (entre otras, SSTs de 31 de mayo de 1983, 25 de junio de 1984, 28 de marzo de 2005 y 28 de abril de 2005)». Pero tal cuantificación ha de realizarla la propia parte titular de la pretensión, habiendo declarado esta Sala que la formulación de peticiones de cantidad de carácter genérico no conculca lo dispuesto en el artículo 524 LCE, que se refiere a los requisitos de la demanda, únicamente en el supuesto de ignorancia de la cifra exacta de la cuantía de la pretensión (S de 6 de abril de 2006), supuesto que no se da en el presente caso en que, como ya se adelantó, la parte actora contaba con los elementos suficientes para poder cuantificar su pretensión en el momento de interponer la demanda. Esta Sala ya afirmó en S de 3 de diciembre de 1994, entre otras que pudieran citarse, que la imprecisión en el *petitum* que defiere la cuestión litigiosa a la fase de ejecución cuando ello no resulta necesario ni procedente, genera falta de claridad y precisión en la demanda que impide al tribunal el dictado de una sentencia igualmente clara y precisa, como exige el artículo 359 LEC, lo que ha de llevar a la desestimación de la pretensión incorrectamente formulada. (STS de 27 de junio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La actora había comprado una oficina de farmacia y el inmueble en el que se encontraba, entregando una cantidad a la mediadora de la compraventa en concepto de arras o señal y en depósito. Después de haber perfeccionado la venta, el vendedor comunicó ese contrato al Colegio de Farmacéuticos y, a consecuencia de esa comunicación, otros farmacéuticos que tenían abierta oficinas en un radio inferior a doscientos cincuenta metros ejercieron el derecho de adquisición preferente que les confiere la legislación vigente, adquiriendo la farmacia para su amortización.

La compradora demandó al vendedor y a la mediadora solicitando que se declarase la resolución de la compraventa y la inexistencia de la obligación de satisfacer honorarios a la mediadora, y se condenase a la devolución de la cantidad entregada como arras o señal, al pago de una indemnización por el mismo importe en concepto de arras penales y al pago de una indemnización en concepto de daños morales.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la nulidad del contrato de compraventa de farmacia e inexistencia de la compraventa del inmueble, la inexistencia de la obligación de satisfacer honorarios a la mediadora y condenando a

reintegrar la cantidad entregada en concepto de depósito y a indemnizar por los daños y perjuicios derivados de la actuación negligente de las demandadas. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y declaró la resolución de la compraventa, pero declaró no haber lugar a la indemnización de los daños y perjuicios, manteniendo el resto de los pronunciamientos del Juez de Primera Instancia.

El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación interpuesto por la compradora, condenando al vendedor a indemnizar por el mismo importe que la cantidad entregada en depósito, manteniendo el resto de los pronunciamientos. (*M. C. B.*)

25. Resolución del contrato de compraventa de inmuebles por falta de pago del precio. Requisitos exigidos para que proceda la resolución.—En primer lugar, el Tribunal Supremo recuerda que es doctrina reiterada que la determinación de si ha habido incumplimiento y, en caso de que sea mutuo, quién es el primer incumplidor —así como si ello justifica el de la otra parte— es una cuestión de hecho cuya apreciación y valoración corresponde a los órganos de instancia, sólo combatible en casación a través de la alegación de error de derecho en la apreciación de la prueba. A ello añade que, para apreciar la existencia de incumplimiento, la moderna doctrina jurisprudencial no exige una patente voluntad rebelde, ni siquiera considera exigible una voluntad de incumplir, sino que basta con el hecho objetivo del incumplimiento no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución. La aplicación de la anterior doctrina al caso concreto lleva a considerar que los hechos probados consistentes en la existencia de numerosos requerimientos de las vendedoras a los compradores para que se avinieran a pagar el precio y el hecho de que estos últimos nunca requirieran a las vendedoras para que otorgaran escritura pública, no permiten apreciar incumplimiento por parte de las vendedoras, puesto que, además, las compradoras estaban disfrutando de las fincas sin haber pagado más precio que la cantidad entregada a cuenta.

Interpretación del contrato. La entrega de un apartamento por los compradores no se trata de una dación en pago, sino de una cesión de bienes.—El Tribunal Supremo reitera la doctrina jurisprudencial según la cual la interpretación del contrato es una facultad privativa de los tribunales de instancia, cuyo resultado ha de ser mantenido en casación salvo que sea ilógico, arbitrario o conculcador de alguna norma de la hermenéutica contractual. En el caso resuelto por la sentencia, el Tribunal Supremo estima que es acertada la calificación jurídica de la entrega de un apartamento propiedad de los compradores como una cesión de bienes y no como una dación en pago. Mientras que la cesión de bienes para el pago de deudas supone, conforme al artículo 1175 CC, que el deudor cede sus bienes a sus acreedores, con la particularidad de que esta cesión solo libera al deudor de responsabilidad por el importe líquido de los bienes cedidos —lo que exige que el acreedor proceda a su venta y con su importe se liquide la deuda—, en la dación en pago, el deudor entrega al acreedor un bien de su propiedad, transmitiéndole el dominio del mismo, para que se haga pago con él de la deuda pendiente, sin que proceda rendir cuentas (SSTS de 18 de noviembre de 1996 y 14 de julio de 1997). (**STS de 10 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Las vendedoras presentan una demanda en la que solicitan la resolución del contrato de compraventa de 9 de abril de 1990 y de los sucesivos contratos que tenían por objeto cuatro fincas, por incumplimiento de los compradores de la obligación de pago del precio. Además solicitan que, como consecuencia de la resolución, se condene a los demandados a devolver las fincas a las actoras, quienes por su parte reintegrarán la parte del precio recibido, previa liquidación de las cláusulas penales para la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. Dichas cláusulas penales previstas en el contrato establecen que los compradores pueden perder el dinero entregado hasta el límite del 50% de las cantidades abonadas. Se considera acreditado que los compradores incumplieron su obligación del pago del precio aplazado y que las vendedoras practicaron el requerimiento de pago exigido por el artículo 1504 CC.

Las vendedoras presentan un recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que desestima íntegramente la demanda. La Audiencia Provincial revoca la sentencia recurrida y acuerda la estimación de la demanda, declara resuelto el contrato de compraventa de las cuatro fincas, condena a los demandados a la devolución de las fincas a las vendedoras y reconoce a las actoras el derecho a retener la cantidad que se estime en ejecución de sentencia, hasta un máximo del 50% de las cantidades ya entregadas. Contra la sentencia dictada en apelación, los compradores presentan un recurso de casación basado en la incorrecta interpretación del contrato de cesión del apartamento y en la aplicación indebida del artículo 1124 CC, en lo que respecta a los requisitos exigidos para que proceda la resolución, pues consideran que existe incumplimiento de las vendedoras que no otorgaron escritura pública de venta. (*L. P. S. M. P.*)

26. Resolución de la compraventa. Pacto comisorio del artículo 1504 CC.—El pacto comisorio contemplado en el artículo 1504 CC, que complementa al art. 1124 cuando se trata de compraventa de inmuebles, constituye una garantía para el vendedor (STS de 5 de diciembre de 2003). El incumplimiento de la obligación de pago, siempre básico y esencial, produce el efecto de resolver el contrato de compraventa con efectos *ex tunc*, retornando a la situación jurídica preexistente, como si el negocio no se hubiere concluido, quedando resueltos los derechos que se hubieren constituido (SSTS de 11 de junio de 1991, 24 de julio de 1999, 5 de diciembre de 2003 y 20 de septiembre de 2006).

Carácter recepticio del requerimiento resolutorio del artículo 1504 CC.—Conforme a las SSTS de 27 de abril de 1988 y 28 de septiembre de 2001, el requerimiento a que hace referencia el artículo 1504 CC ha sido entendido como un acto jurídico complejo integrado por una declaración unilateral y recepticia de voluntad a la que la Ley añade determinadas consecuencias en orden a posibilitar judicialmente la resolución de la compraventa por impago del precio de unos plazos. La naturaleza recepticia del mismo se funda en la necesidad de ser conocida por el comprador para saber a qué atenerse (STS de 23 de mayo de 1981), e impone que el citado requerimiento llegue a poder y conocimiento del requerido, si bien es cierto también que se entiende cumplido este requisito cuando es el propio comprador requerido quien, recibido el requerimiento, voluntariamente

no toma conocimiento de su contenido. También resulta igualmente significativa la doctrina que ha venido reconociendo validez y suficiencia al requerimiento que «no hubiera sido personal y se hubiera efectuado con una vecina que se comprometió a hacerlo llegar a su destinatario, pues no se demostró como procedía, que la receptora no hubiera cumplido en encargo» (*vid.* SSTs de 27 de mayo y 25 de septiembre de 1985, 18 de noviembre de 1993 y 22 de febrero de 1999).

Validez del requerimiento efectuado a través de la entidad mediadora.—Estando acreditado que los vendedores efectivamente cursaron requerimiento por conducto notarial, el mero hecho de dirigir el mismo a la mercantil que intervino como mediadora en el negocio traslativo, cuando ningún contacto personal consta hubiesen tenido directamente con los compradores, ha de reputarse igualmente válido, máxime cuando no se ha discutido por éstos su conocimiento a través de telegrama, a ellos remitido por la citada mercantil mediadora.

Existencia de incumplimiento.—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 injustificada falta de cumplimiento o producida por causa imputable al que pide la resolución, siempre que tenga la entidad suficiente para motivar la frustración del fin del contrato (SSTs de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004 y 3 de marzo de 2005, entre otras). La STS de 15 de julio de 2003 recordaba que «la moderna doctrina jurisprudencial no exige para la estimación de una situación de incumplimiento una patente voluntad rebelde (entre otras, SS de 10 de octubre de 1994, 3 de abril y 26 de septiembre de 2000, 26 de julio de 2001, 13 de noviembre y 23 de diciembre de 2002 y 13 de febrero de 2003); ni siquiera es exigible una voluntad de incumplir, sino sólo el hecho objetivo del incumplimiento, no justificado o producido por causa imputable al que pide la resolución, como resalta la reciente S de 7 de mayo de 2003». La voluntad incumplidora viene en principio demostrada por el hecho mismo de la ineffectividad del precio, contraviniendo la obligación asumida, siempre que no medien circunstancias denotadoras de que al adquirente no le es reprochable la falta de la prestación, particularidades que habrán de ser oportunamente alegadas y probadas (*vid.* SSTs de 25 de mayo, 19 de julio, 11 y 31 de octubre y 6 de noviembre de 1984, 29 de abril, 25 de julio y 28 de octubre de 1985 y 28 de enero de 1999). (**STS de 3 de abril de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don F. y doña M. A. suscribieron un documento con don V. y doña M., con la mediación de la mercantil G., S. A., dirigido a la compraventa de una vivienda, entregándose una cantidad a su firma.

Don F. y doña M. A. formularon demanda contra don V., doña M. y G., S. A., reclamando el cumplimiento del contrato de compraventa de la vivienda, entendiéndose que el documento suscrito recogía ya un verdadero contrato de compraventa, que quedó perfeccionado al concurrir, ya entonces, el oportuno acuerdo sobre el precio y objeto del mismo, debiéndose calificar la cantidad entregada como arras penales, en ningún caso penitenciales. Entienden en suma los actores que, habiendo hecho formal ofrecimiento de pago a los vendedores antes del transcurso del plazo estipulado para el

otorgamiento de la escritura pública y antes también de que los vendedores les cursasen requerimiento judicial o notarial, procedía el otorgamiento de la escritura y la consumación de la venta.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, declarando la existencia de un contrato válido y perfecto de promesa de venta y condenando a don V. y doña M. a cumplir lo estipulado en el mismo y, en consecuencia, otorgar la correspondiente escritura pública de compraventa a favor de los actores, en cuyo momento se procedería por parte de éstos al pago de la cantidad pendiente del precio convenido en el contrato, o a indemnizarles los daños y perjuicios que se les hayan irrogado a los mismos por causa del incumplimiento contractual en caso de imposibilidad del otorgamiento de la escritura pública por haber salido el inmueble del patrimonio de los vendedores; y absolviendo a G., S. A., Interpuesto recurso de apelación por don V. y doña M., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia del Juzgado y absolviendo a los demandados. Contra esa sentencia, don F. y doña M. A. recurrieron en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

27. Donación de inmueble. Forma. Nulidad.—Ha de decirse que la sentencia que se recurre no decretó de oficio la nulidad de las escrituras de compraventa a que se refieren los documentos privados cuya elevación a públicos se pretende, pues el Tribunal de apelación, aunque con cierta imprecisión advierte y sienta que dichas escrituras «no pueden valer como forma de la donación», y además no se pretendía tal declaración «ni ninguna otra que parta de ella», y lo que se decidió es que los documentos privados habían instaurado un efectivo negocio de donación, que modificó el que se refiere en las escrituras públicas (compraventa).

De este modo el debate casacional queda concretado a si el Tribunal de apelación obró correctamente al declarar de oficio nulos los documentos privados por no cumplir la exigencia imperativa que establece el artículo 633 CC para la validez de los actos jurídicos de donación de bienes inmuebles, al ser necesario que se hagan en escritura pública y a que nos encontramos con unos documentos privados que amparan efectivas donaciones inmobiliarias, mutando o acordado en las escrituras, por lo que resultan contradictorios con las mismas.

La concurrencia de otorgamiento de escritura pública supedita la eficacia de los actos de donación, ya que dicho requisito formal actúa *ad solemnitatem* y es esencial, presentándose como especial para las donaciones al apartarse de la norma general de nuestro sistema contractual que es el principio espiritualista dominante y la forma juega como requisito *ad probationem*.

Cuando se da, como aquí ocurre, que se ha omitido la necesaria escritura pública, la donación es nula de pleno derecho o más bien inexistente en el plano jurídico. Y esta nulidad o inexistencia precisamente por sus características puede ser apreciada de oficio por la Sala de apelación (SS de 24 de septiembre de 1991, 23 de octubre de 1995, 3 de marzo de 1995 y 16 de junio de 1999), habiendo declarado la reciente S de 20 de febrero de 2006 que el artículo 359 LEC no impide a los Tribunales decidir de oficio, como base a un fallo desestimatorio, la ineficacia o inexistencia de los contratos radicalmente nulos, por presentarse contrarios a la normativa legal de carácter imperativo.

(STS de 21 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Los recurrentes en casación habían otorgado escritura pública según la cual vendían determinados inmuebles a sus hijos. Por documentos privados establecieron que lo llevado a cabo en las escrituras eran realmente donaciones, reservándose el usufructo vitalicio junto con la facultad de reclamar la reversión de los inmuebles e imponiendo a los «compradores-donatarios» determinadas prohibiciones de las que quedarían liberados a la muerte de los «vendedores-donantes». Demandan estos últimos a la viuda de un hijo fallecido y a los hijos de éste reclamando el otorgamiento de escritura pública de los documentos privados que recogían las «donaciones». El Juzgado estimó parcialmente la demanda absolviendo a los nietos y condenando a la nuera a lo pedido. La Audiencia estimó la apelación de la demandada. Recurren al Tribunal Supremo los actores y el alto Tribunal desestimó su recurso. (R. G. S.)

28. Retracto arrendaticio urbano.—El artículo 25.3 LAU regula, bajo la denominación «derecho de adquisición preferente», el derecho de retracto que confiere al arrendatario, en el caso de venta de la vivienda arrendada. La jurisprudencia ya había modulado el rigor del mandato contenido en el apartado segundo del artículo 48 LAU 1964, que constituye el precedente legislativo del actual artículo 25.3, afirmando que, no obstante los tajantes términos del precepto, devenía innecesaria la práctica de la notificación en forma cuando aparecía probado que el arrendatario ya había tenido pleno y exacto conocimiento de la venta o transmisión y de sus condiciones, a partir de cuyo momento debía contarse el plazo de caducidad establecido en la norma (SSTS de 6 de marzo de 2000, 14 de noviembre de 2002, 13 de marzo de 2004, y 14 de diciembre de 2006), lo que mantiene plenamente su vigencia tras la publicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994.

Necesidad de notificación efectiva y en forma para asegurar el completo conocimiento por el arrendatario de las condiciones esenciales de la venta. No la sustituye la publicidad registral.—La publicidad registral del acto traslativo de dominio no desplaza el deber legal impuesto por la norma, ni tiene virtualidad de cara a considerar acreditado el conocimiento completo y exacto de las condiciones de la venta, advirtiendo la jurisprudencia de esta Sala acerca de la claridad y rotundidad del mandato legal, eliminando la ficción del Registro y su consiguiente presunción de conocimiento de los hechos inscritos (STS de 14 de diciembre de 2006, que cita las de 22 de junio de 1962, 6 de febrero de 1965 y 19 de diciembre de 1968).

De la diligencia infructuosa de notificación del auto de adjudicación de la vivienda objeto del retracto, dictado en el curso del procedimiento de ejecución hipotecaria sobre dicha finca que dio lugar a la transmisión del dominio que justifica el derecho del retrayente, realizada con el actor en su condición de inquilino, no es posible deducir el completo y pleno conocimiento por el arrendatario de las condiciones esenciales de la transmisión, ni puede, por tanto, eliminar la obligación de notificar de forma fehaciente tales condiciones que impone el inciso final del artículo 25.3 LAU, pues si bien la notificación se intentó en la finca arrendada y en la persona del actor, éste, sin

embargo, no fue el destinatario de la misma, ni siquiera su receptor obligado a entregar al destinatario la cédula.

La necesidad de asegurar el completo conocimiento por el arrendatario de las condiciones esenciales de la venta, como presupuesto previo y necesario para tomar, de forma adecuada, la decisión de ejercitar el derecho de adquisición preferente que concede la legislación especial arrendaticia, de forma que sirva para situar en el momento de dicho conocimiento el término inicial del plazo de caducidad de la acción de retracto, opera, precisamente, como elemento de seguridad en las relaciones jurídicas y en el ejercicio de los derechos, frente a la que no cabe hacer valer meras deducciones, suposiciones o presunciones basadas en las circunstancias, ya objetivas ya subjetivas, de cada caso. La rigurosa observancia de esa regla se impone, por ende, por razones de coherencia normativa, pues la relevancia de la notificación prevenida en el apartado tercero del artículo 25 LAU llega hasta tal punto que se erige en requisito ineludible para poder inscribir el Registro de la Propiedad los títulos de venta de las viviendas arrendadas, tal y como dispone el apartado quinto del mismo artículo, lo que revela la importancia que el legislador atribuye al conocimiento real, y no meramente formal o ficticio, de las condiciones esenciales de la transmisión para poder ejercitar el retracto, y se ajusta, en fin, a la función social que aun cabe ver en este derecho, que facilita el acceso a la propiedad de los inmuebles arrendados y, con ello, el ejercicio del derecho reconocido en el artículo 47 CE, debiendo abogarse por una interpretación y una aplicación de la legalidad que le dote de la mayor dimensión y virtualidad posible. (STS de 24 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Don B. formuló demanda contra la mercantil C. I., S. L., solicitando se declarara haber lugar al retracto de un apartamento, condenando a la demandada en caso de que hubiese obtenido la posesión inmediata de la finca a dejar la misma libre y expedita, apercibiéndola de que si no se procedería a su lanzamiento judicial, y en cualquier caso a otorgar la escritura de venta del referido piso a su favor, con el apercibimiento de que si no lo verifica será otorgada de oficio.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda, declarando haber lugar al retracto solicitado y condenando a la demandada a otorgar escritura pública de venta de la referida finca a favor del actor. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, C. I., S. L., recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

29. Arrendamientos rústicos históricos. Cualidad de cultivador personal. No es aplicable la legislación de arrendamientos rústicos a las explotaciones industriales.—No basta invocar el carácter protector y tuitivo de la legislación especial en materia de arrendamientos rústicos para establecer la presunción de cultivador personal, que debe ser acreditada por el arrendatario (STS de 11 de octubre de 1991). No es aplicable la legislación de arrendamientos rústicos cuando las fincas arrendadas estén dedicadas a explotación ganadera de tipo industrial, sin que por tanto se llevara a cabo cultivo directo de las fincas y en exclusividad. Lo determinante y necesario

para que se produzca la exclusión legal es que el aprovechamiento tenga características y consistencias que permitan ser calificado como industrial, con medios personales, materiales, técnicos y organizativos que superan las actividades propias del Labrador-ganadero para convertirlo en ganadero-empresario-industrial.

Posibilidad de resolución del contrato cuando se realicen en las fincas aprovechamientos distintos de los previsto en el artículo 1 LAR.—Partiendo de que el recurrente no está desarrollando un aprovechamiento temporal de las fincas cedidas en acomodo a la Ley de Arrendamientos Rústicos [de 1980], se impone la aplicación de su artículo 75.3.^a, que autoriza a resolver el contrato cuando las fincas se destinan en todo o en parte a fines o aprovechamientos distintos a los previstos en el artículo 1 de la Ley, resultando que el aprovechamiento practicado no está incluido ni protegido por la Ley especial. **(STS de 22 de marzo de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Don I. presentó demanda contra doña V., solicitando que se declarara el derecho del actor a adquirir ciertas fincas rústicas y se condenara a la demandada a vendérselas por el precio que se fije por la Junta Arbitral de Arrendamientos Rústicos. Doña V. contestó a la demanda solicitando su desistimiento íntegro y formulando reconvencción, en la que solicitaba se declarara resuelto el contrato arrendaticio de dichas fincas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda de don I. contra doña V., declarando el derecho del actor a acceder a la propiedad adquiriendo las citadas fincas, por el precio que se fije por la Junta Arbitral Provincial de Arrendamientos Rústicos o, en caso de impugnación se determine en ejecución de sentencia; condenando a la demandada a que, una vez fijado el precio, otorgue en plazo legal la correspondiente escritura de venta a favor del actor; y declarando no haber lugar a la demanda reconvenccional. Interpuesto recurso de apelación por doña V., la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de primera instancia y dictando otra por la que desestimaba la demanda de don I. contra doña V. y estimaba la demanda reconvenccional, declarando la resolución del contrato de arrendamiento que vinculaba a las partes. Contra esa sentencia, don I. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El caso se resuelve conforme a la Ley de Arrendamientos Rústicos de 1980 debido a la fecha en que se produjeron los hechos (el pleito se inicia en 1997). No obstante, en la actualidad, bajo la vigencia de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 2003, la solución sería idéntica: siguen quedando excluidos de la legislación arrendaticia rústica los arrendamientos que tengan como objeto principal «explotaciones ganaderas de tipo industrial, o locales o terrenos dedicados exclusivamente a la estabulación del ganado» [art. 6.d).4.º Ley de Arrendamientos Rústicos 2003], y por tanto excluidos sus arrendatarios de los derechos de tanteo y retracto que contempla tal legislación; y, asimismo, la causa de resolución contemplada en el artículo 75.3.^a Ley de Arrendamientos Rústicos 1980 («No explotar la finca, aun parcialmente, o destinarla en todo o en parte a fines o aprovechamientos distintos a los previstos en el artículo 1 de esta

Ley») puede considerarse asimilable a estos efectos a la establecida en el artículo 25.c) LAR 2003 («No explotar la finca, aun parcialmente, o destinarla, en todo o en parte, a fines o aprovechamientos distintos a los previstos contractualmente, salvo en los casos impuestos por programas y planes, cuyo cumplimiento sea necesario para la percepción de ayudas o compensaciones en aplicación de la normativa estatal, autonómica o comunitaria aplicable»), si bien el vigente precepto permitiría que –además de las limitaciones legales, integradas en el contrato ex art. 1.258 CC– contractualmente se pudieran restringir aún más los aprovechamientos posibles. (F. J. J. M.)

30. Arrendamientos rústicos históricos: subrogaciones permitidas.–

En la resolución recurrida se sostiene, con cita de sentencia de esta Sala de 24 de marzo de 1997, que en caso de muerte del arrendatario primitivo, sólo cabe legalmente la posibilidad de una sucesión en la relación arrendaticia, al considerar que el artículo 79 LAR que regula la subrogación por causa de muerte del arrendatario, no permite la admisión de subrogaciones posteriores que, por no aparecer contempladas por el artículo citado, el contrato primitivo queda extinguido, y si otra persona sigue en la posesión de la finca es en virtud de un nuevo contrato, pero no continuación de la relación arrendaticia primitiva.

Tal razonamiento es combatido en este primer motivo por la parte recurrente, argumentando que, tras la entrada en vigor de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos (en lo sucesivo LARH), la jurisprudencia admite más de una sucesión, citando como exponente de esta doctrina la S de esta Sala de 13 de octubre de 1998, recurso núm. 1523/1994.

Tal cuestión ha sido abordada en la reciente S de 18 de mayo de 2007 (recurso núm. 1601/2000), en los siguientes términos:

«La jurisprudencia más reciente de esta Sala de Casación Civil, creando doctrina, ha considerado la cuestión de las sucesivas sucesiones en los arrendamientos históricos y antiguos, como el del pleito, en el que por razón de fallecimiento de los titulares originarios se ha mantenido el tracto autorizado por los diversos arrendatarios sucesivos, que accedieron al contrato, pues de no admitirlo así se produciría una situación no ajustada al espíritu ni a la propia Ley, al privarse del derecho que para esta clase de arrendamientos rústicos se otorga en cuanto a la posibilidad de acceder a la propiedad de las fincas objeto del contrato, que se mantiene desde su vigencia inicial, y por lo tanto subsistente a la entrada en vigor de la Ley de 10 de febrero de 1992.

Declara la S de 14 de diciembre de 2005 que la Ley 1/1992 de Arrendamientos Rústicos Históricos especifica en la Exposición de Motivos, en orden a la explicación del derecho de acceso y sus finalidades, a propósito del valor de las fincas arrendadas que a esto han contribuido de forma notable, el arrendatario y sus ascendientes, mediante su cultivo a lo largo de varias generaciones, conceptos que, obviamente, presuponen varias sucesiones en el arriendo. Tal elemento interpretativo de la norma, de indudable importancia, conforme al art. 3-1 del CC, no puede ignorarse sin torcer el espíritu y finalidad de la misma. En segundo lugar, el precepto cuestionado (art. 79), no señala que la sucesión tenga carácter único, por lo que la subrogación contractual durante todo el tiempo que queda de vigencia de arriendo, sea por pacto contractual, sea a virtud de las prórrogas sucesivas, no se halla condicionada por restric-

ción alguna, siendo así que cuando el legislador ha querido establecer limitaciones, en casos análogos, lo hizo (la legislación arrendaticia urbana, respecto de la subrogación *mortis causa* en viviendas y la sucesión en locales de negocio). Finalmente la razón de la vinculación indefinida, como contraria al concepto de arriendo, que recogen las sentencias en que se apoya el criterio del recurrente (*vide* por todas, STS de 8 de junio de 1998), no tiene sustento legal, ya que los contratos de arrendamientos rústicos, tienen duración definida, y dicho aspecto no se desvirtúa (antes bien se ratifica), por el hecho de que el legislador, de acuerdo con las conveniencias y necesidades sociales, reflejadas en el sector concreto de la agricultura y los problemas derivados de la propiedad y posesión de la tierra y de su explotación, ordene prórrogas legales de los referidos contratos que, no por ello, experimentan modificación en su naturaleza.

Esta doctrina es también recogido en las SS de 13 de octubre de 1998, 27 de febrero de 2001 y 10 de junio de 2005, pues limitar las sucesiones pugna con la misma noción de los arrendamientos rústicos históricos, favorecidas con el derecho de permitir el acceso a la propiedad, que en cierto modo viene a premiar el cultivo directo y continuado de las fincas y la constante dedicación de esfuerzos y vida.

Resulta decisivo que el arriendo del pleito ha permanecido subsistente desde su origen y no se ha producido en ningún momento su rescisión o extinción, tratándose del mismo contrato sujeto a diversas prórroga, tanto consentidas por las partes, como las legales, hasta llegar a la Ley de 10 de febrero de 1992 que autorizó su continuación hasta el 31 de diciembre de 1997 (art. 2-1).

De esta manera la arrendataria actual trae causa del arrendatario primero, produciéndose situación de tracto sucesivo, que no se acreditó se hubiera interrumpido en algún momento. Conforme al artículo 1, apartado dos, de la Ley de 10 de febrero de 1992, los arriendos históricos mantienen tal condición y no la elimina el hecho de que las partes hubieran establecido pactos que modificasen la renta u otros elementos esenciales del contrato primitivo, siempre que se mantenga constante el arriendo original, sobre todo o partes de las fincas primitivamente arrendadas, que es lo que aquí ocurre».

Tal doctrina resulta de plena aplicación al supuesto que nos ocupa, en el que se ha producido una doble sucesión, al tratarse de un contrato de arrendamiento sobre la finca, arrendada el 20 de diciembre de 1924 a don G. (abuelo del demandante, aquí recurrente), sucediéndole en el arriendo, al fallecer, don S., casado con doña A., hija del anterior arrendatario, cultivándose la tierra con la ayuda de los hijos, y al fallecer ésta el 14 de enero de 1960, continuó cultivando la finca su hijo, el demandante don D., quien se relacionó con el propietario tanto para pagar las rentas como para intentar la compra de las tierras, de modo que ha permanecido constante e ininterrumpida la relación arrendaticia y la explotación de la finca.

Por lo tanto, el motivo debe ser estimado.

Arrendamientos rústicos históricos: normativa aplicable.—En el segundo motivo [...] se denuncia infracción, por aplicación indebida, de la DT 1.ª, regla 3.ª de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 y a su vez, por inaplicación del artículo 1.1.b) de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos.

La Audiencia consideró en este caso que, cuando la LARH de 1992 se refiere a los contratos anteriores a la Ley de 15 de marzo de 1935, mantiene

la exigencia de que se trate de arrendamientos en que se hubiera perdido memoria del tiempo en que se concertaron, pues dicha Ley no ha derogado expresa ni tácitamente la regla 3.^a de la DT 1.^a de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 (LAR 1980).

Tal razonamiento no se ajusta a la doctrina sentada por esta Sala, a cuyo efecto cabe citar la S dictada el 14 de diciembre de 2005 (recurso núm. 1487/1999), de plena aplicación al supuesto al tratarse de un arrendamiento concertado antes de la Ley de 15 de marzo de 1935 y posterior a la publicación del Código civil, subsistente al entrar en vigor la LARH de 1992, sentencia en la que se razona lo siguiente: La sentencia que se recurre resultó estimatoria de la demanda, lo que combate el motivo primero para denunciar interpretación errónea de la regla 3.^a de la DT 1.^a de la Ley de 31 de diciembre de 1980, en relación con el artículo 1.^o b) de la Ley de 11 de febrero de 1992 sobre Arrendamientos Rústicos Históricos, argumentando que no es suficiente que el arriendo sea anterior a la Ley de 15 de marzo de 1935, ya que se hace preciso que se trate de contrato del que se hubiera perdido memoria en el tiempo. Para resolver el motivo ha de partirse que el arrendamiento del pleito se mantenía subsistente a la entrada en vigor de la Ley de 10 de febrero de 1992, la que resultó vigente desde su publicación en el *BOE*, de fecha 11 de febrero de 1992 y así se estableció como hecho probado, por lo que su normativa es la que ha de aplicarse en cuanto decreta que se han de considerar arrendamientos rústicos históricos los concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935, cuando el arrendatario sea cultivador personal. Aunque dicha normativa no derogó expresamente la DT 1.^a, tercera regla de la Ley de 31 de diciembre de 1980 y sí expresamente su artículo 98, apartado primero, ha de tenerse en cuenta que el régimen establecido en dicha Ley era para regular unas situaciones transitorias e interinas, que ceden ante la nueva regulación específica, concluyente y de necesaria aplicación, que ya no exige el requisito de la pérdida de memoria en el tiempo y además la Disposición Transitoria ha de relacionarse con el artículo 98, ahora carente de aplicación.

Es clara la redacción del art. 1.1.b) de la LARH de 1992 cuando, a los efectos de tal Ley, considera arrendamientos rústicos históricos: b) Los concertados con anterioridad a la publicación de la Ley de 15 de marzo de 1935 cuando el arrendatario sea cultivador personal, dándose en el presente supuesto ambos presupuestos.

Consecuentemente, el motivo también se estima. (STS de 25 de junio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El pleito que se ventila ante el Juzgado de Primera Instancia tiene por objeto el acceso a la propiedad de un arrendatario titular de un arrendamiento rústico histórico. La sentencia del Juzgado accedió a lo pedido y declaró el derecho del actor a acceder a la propiedad de la finca arrendada. Apeló el propietario y la Audiencia, revocando la sentencia inferior, declaró la inexistencia del derecho del arrendatario por considerar que el contrato originario había quedado extinguido tras la primera subrogación. Recurre el arrendatario en casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar. (R. G. S.)

31. Honorarios del abogado.—[...] en cuanto al carácter orientador de las normas profesionales establece la jurisprudencia que, en el contrato de arrendamiento de servicios profesionales por abogado, la exigencia de la existencia de un precio cierto no sólo cuando el precio se pactó expresamente, sino también cuando es conocido por costumbre o uso frecuente en el lugar en que se prestan los servicios, y que, tratándose de profesionales que figuran inscritos en una corporación o colegio profesional, la retribución o el precio de sus servicios puede estar regulado por aranceles o tarifas, o, como es el caso de los abogados, por normas orientadoras de honorarios mínimos que protegen frente a la competencia desleal, pero que también proporcionan criterios indicativos sobre el coste de los servicios (S de esta Sala de 19 de enero de 2005). Viene así la certeza del precio determinada por tarifas oficiales, por dictamen pericial o por informe del Colegio profesional, por lo que, en realidad, el consentimiento contractual alcanza el precio que resulte de datos que existiendo *a priori*, se reflejan *a posteriori*, de tarifas de perito o del Colegio profesional (S de 25 de octubre de 2002). Con tales premisas, es reiterada también la jurisprudencia de esta Sala que señala que «ni el dictamen de un perito ni el de un Colegio profesional es vinculante para el órgano jurisdiccional, aunque éste no puede caer en la arbitrariedad fijándolo sin razonamiento, sino que puede apartarse del dictamen por argumentos objetivamente serios» (S de 25 de octubre de 2002, toda vez que, en definitiva, se trata de un dictamen pericial (S de 24 de febrero de 1998). No puede olvidarse tampoco (S de 3 de febrero de 1988) que la intervención del Colegio de Abogados del lugar donde se presten los servicios del abogado, junto con el carácter detallado de la minuta presentada, es exigencia ineludible de orden sustantivo para que el Juez haga uso de sus facultades moderadoras, asumiendo el órgano judicial funciones de arbitrador por ministerio legal (art. 1544 CC, a relacionar con el artículo 1447 de igual texto legal). (STS de 25 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El actor, abogado, reclama a su cliente los honorarios que le adeuda, cantidad dimanante de un contrato de arrendamiento de servicios orientado a la liquidación del régimen económico matrimonial de ésta y adjudicación de los bienes correspondientes consecuencia de su separación. La demandada cuestionó tanto las partidas reclamadas por el demandante como el valor asignado a los bienes gananciales. La sentencia del Juzgado acogió parcialmente la pretensión del actor, excluyendo sólo una de las partidas exigidas. La sentencia de la Audiencia, que desestimó los recursos de ambas partes, confirmó en todos sus extremos la resolución del tribunal inferior. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la demandada. (R. G. S.)

32. Responsabilidad profesional del abogado. Actuación diligente, aunque se rechazara la demanda por utilizar un procedimiento inadecuado.—No cabe sino concluir, con el tribunal de instancia, que la actuación del letrado demandado en la defensa de los intereses del esposo de la actora no es merecedora de reproche alguno ni determinante, por tanto, de su responsabilidad. La elección del procedimiento establecido en la DA 1.^a

de la Ley Orgánica 3/1989, como cauce procesal para reclamar los daños y perjuicios por las lesiones padecidas a resultas del accidente sufrido por éste respondió a una decisión, y antes de ella, a una valoración jurídico-procesal, que en modo alguno fue producto de una inexcusable ignorancia, falta de pericia o técnica jurídica, ni, en definitiva, el resultado de una falta del deber de diligencia exigible, sino que, por el contrario, se enmarcó dentro de las facultades de dirección del proceso inherentes al ejercicio de la profesión, y se ajustó a una orientación en la interpretación de los conceptos que integraban el supuesto de hecho de la norma reguladora del cauce procedimental previsto en la señalada Disposición Adicional, y en particular del término «con ocasión de la circulación» –referida a los vehículos a motor–, que, lejos de ser novedosa o falta de racionalidad y de sustento, se encontraba avalada por parte de la doctrina científica y por parte de nuestros tribunales, hasta el punto de que fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia que conoció del juicio verbal originariamente entablado. Mal puede decirse, por tanto, que el letrado demandado desempeñó sus servicios profesionales sin la competencia o la prontitud requeridas por las circunstancias del caso; por el contrario, actuó con diligencia, demostrando su conocimiento de la legislación y de la doctrina aplicable al caso, promoviendo el litigio por el cauce procedimental que reputó adecuado conforme a criterios de racionalidad, ante la existencia de interpretaciones no unívocas, sin que le fuera exigible, pues, un determinado juicio de valor, y, subsiguientemente, una concreta actuación profesional por virtud de la mayor o menor previsibilidad de la respuesta judicial, que en este caso determinó la declaración de ser inadecuado el procedimiento escogido, pero reiteramos, a través de una sentencia de la Audiencia disconforme con la del Juzgado, y contraria al criterio seguido por otros órganos jurisdiccionales.

La responsabilidad del abogado no es objetiva.—No puede exigirse responsabilidad al abogado demandado por el hecho de no haber obtenido una respuesta judicial ajustada a su planteamiento del proceso y, en definitiva, a sus tesis, al margen, por tanto, del deber de diligencia, pues tal cosa supondría articular la responsabilidad profesional en torno a un título de imputación de carácter objetivo, desconocido en el sistema de responsabilidad contractual, por lo general, y, en particular, en el propio de los profesionales del derecho, de corte subjetivo y asentado en la culpabilidad del agente. Y, en fin, han de resultar completamente extrañas a la imputación de responsabilidad del demandado las circunstancias que han podido influir en la importancia del menoscabo económico que ha experimentado la actora, a resultas del proceso promovido a instancias de su esposo, y las consecuencias, también de índole económico, que se le han seguido, pues dentro del sistema de responsabilidad civil profesional en ningún modo puede erigirse el eventual resultado lesivo en el título atributivo de la responsabilidad, desconectado por entero de la actividad negligente del letrado (en este caso). (STS de 23 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—El marido de la recurrente había resultado lesionado al caer su vehículo en una zanja o cuneta que separaba la zona de aparcamiento del centro comercial que abandonaba y la carretera. Encargó a un abogado la reclamación de la indemnización derivada del daño padecido y éste interpuso demanda del juicio verbal establecido en la DA 1.^a de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio.

El Juez de Primera Instancia estimó la reclamación pero la Audiencia Provincial la dejó sin efecto al estimar el recurso de apelación por entender que el procedimiento elegido era inadecuado.

Después de fallecer el marido, su esposa demandó al abogado que había dirigido el primer pleito, reclamando una indemnización por la conducta negligente del profesional.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (L. F. R. S.)

33. Responsabilidad profesional exigible al letrado de conformidad con los deberes inherentes a su cargo. Diligencia exigible.—La STS de 14 de julio de 2005 al analizar con carácter general la carga que tiene el cliente de probar el daño, la culpa o negligencia del letrado en el cumplimiento de sus deberes profesionales y el nexo causal, entre el comportamiento negligente del abogado interviniente y el quebranto profesional, exige que tales aspectos se acrediten por el demandante con relación a la actuación del letrado (sin que se dude que, a tenor del principio general del art. 1214 en relación con el 1183 *a sensu* excluyente, dentro de esta responsabilidad contractual, será el actor o reclamante del daño, esto es, el cliente, el que deba probar los presupuestos de la responsabilidad del abogado, el cual *ab initio*, goza de la presunción de diligencia en su actuación profesional) sin que, por ello, deba responderse por las actuaciones de cualquier otro profesional que coadyuve o coopere a la intervención»; y añade «que la obligación del Abogado, de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso. En todo caso, el daño en estos supuestos, por lo general, no puede identificarse, simplemente, con la no obtención del resultado de la pretensión confiada o reclamación judicial: evento de futuro que, por su devenir aleatorio, dependerá al margen de una diligente conducta del profesional, del acierto en la correspondencia del objetivo o respuesta judicial estimatoria o, en otras palabras, la estimación de la pretensión sólo provendrá de la exclusiva e intransferible integración de la convicción del juzgador.

En el presente caso, la demanda fue presentada antes de que transcurriera el plazo de prescripción anual fijado en el artículo 1968.2 CC para las acciones amparadas en el artículo 1902 CC del mismo cuerpo legal. Es doctrina reiterada que, cuando se ha seguido previo proceso penal por los mismos hechos, el cómputo del plazo de prescripción de la acción para reclamar en vía civil comienza a partir de la notificación al perjudicado de la resolución firme que pone fin al proceso penal. Aplicando esta doctrina al caso que nos ocupa, consta que el auto de archivo de las diligencias penales se dictó el día 5 de enero de 1993, y que esa resolución admitía recurso de reforma, a interponer en plazo de tres días desde que fuera notificado, por lo cual, al llevarse a cabo la notificación al perjudicado el 17 de enero de 1994, la resolución no devino firme sino hasta que se dejó voluntariamente transcurrir el plazo de impugnación, resultando que el *dies a quo* o inicial del nuevo plazo prescriptivo para accionar en vía civil, sería el 20 de enero de 1994 (no el 17, como apreció la Audiencia), por lo que debe concluirse en parecidos términos a los expuestos en la sentencia recurrida: cuando se presentó la demanda, el 19 de enero de 1995, la acción no estaba prescrita, no siendo posible impu-

tar a la letrada demandada ningún incumplimiento o contravención de sus deberes profesionales, doloso ni culposo, ni responsabilidad causante de la prescripción apreciada. La verdadera frustración de las expectativas estuvo en una prescripción erróneamente apreciada que, no obstante, no fue combatida en casación, lo cual es por completo ajeno a la conducta de la letrada demandada. (STS de 21 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—D. E. formuló reclamación de cantidad por los daños y perjuicios ocasionados al sufrir un accidente laboral. La demanda fue parcialmente acogida por el Juez de Primera Instancia, que fijó una indemnización de 6.400.000 pesetas en favor de dicho E., sin embargo en la segunda instancia —fase en la que estuvo defendido por otro letrado— se rechazó aquella pretensión resarcitoria con fundamento en la prescripción de la acción, entonces el aquel demandante decidió formular nueva demanda iniciadora del presente procedimiento contra la letrada —del turno de oficio— que había asumido la defensa de sus intereses en la primera instancia, del proceso anterior, doña N., y contra la entidad que aseguraba la responsabilidad civil de la abogada en el ejercicio de su actividad profesional, A., S.A., solicitando que se condenara solidariamente a ambos demandados a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados, argumentando que fue exclusivamente la negligencia de la letrada en el desempeño de sus obligaciones profesionales, dejando transcurrir el plazo de prescripción de la acción, lo que impidió que el perjudicado por el accidente fuera indemnizado. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda por falta de acreditación del nexo causal entre el daño producido y la falta de diligencia de la letrada demandada. La Audiencia Provincial, por su parte, desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia anterior. El demandante recurre en casación. (S. M. S.)

34. Contrato de servicios con Abogado: responsabilidad por incumplimiento culposo de obligaciones profesionales: entrega de cambiales para cobro.—La actitud del demandado en los procedimientos ejecutivos no fue diligente, dejando transcurrir extensos plazos sin instar la prosecución de los mismos, extraviando exhortos, cumpliendo tardíamente mandamientos y no adoptando medidas para asegurar la efectividad del cobro de la deuda cuya gestión le fue encomendada, y aunque la obligación del Abogado lo es de medios, no de resultados, aquéllos no se acomodaron a las mínimas exigencias profesionales.

Cuantía de la indemnización: falta de prueba.—En el presente caso la Audiencia Provincial no sólo no ha fijado el importe de la indemnización ni ha establecido las bases con arreglo a las cuales ha de calcularse, habiéndose limitado a señalar su importe mínimo y su límite máximo, sino que tampoco —y esto es lo determinante— precisa cuáles son los daños causados como consecuencia del incumplimiento culpable que reprocha al demandado, más allá de tener por acreditada la genérica existencia del perjuicio económico causado al demandante por la actuación incumplidora del demandado; es más, la sentencia deja claro que la cantidad reclamada en concepto de indemnización no podía consistir en la que representaban los principales de las cambiales

dejadas de percibir más las provisiones de fondos entregados, pues esto no hubiera precisado determinación en fase probatoria o en ejecución de sentencia; también reconoce la insuficiente actividad probatoria desarrollada para la efectiva determinación de los perjuicios causados, y, en verdad, se ignora cuáles son los que concretamente han de ser indemnizados y en qué consiste con exactitud el quebranto económico sufrido por el demandante, no ya sólo su importancia económica.

Estimación parcial del recurso.—Debe casarse parcialmente la sentencia recurrida en el pronunciamiento consistente en dejar para ejecución de sentencia la cuantía exacta objeto de la indemnización a cuyo pago se condena a la demandada, y, en su lugar, dictar la que corresponda fijando la cuantía en función del concreto quebranto económico experimentado por el actor a resultas de la conducta incumplidora del demandado, valorado con arreglo a una prudente previsión probabilística acerca de las posibilidades del buen éxito de las actuaciones ejecutivas emprendidas para el cobro del crédito del actor, y, desde luego, atendiendo al montante de las cantidades entregadas en concepto de provisión de fondos en relación con la efectiva actuación desplegada por el demandado; según STS de 27 de junio de 2006, cabe la revisión en casación cuando en la fijación de las bases, como aquí ocurre, se infringe un criterio jurisprudencial en la materia. Desde esta perspectiva y considerando: *a*) que el actor entregó al demandado la cantidad de 692.901 pesetas para abonar otros trabajos profesionales y en concepto de provisión de fondos para entablar las reclamaciones judiciales para el cobro de sus créditos, y *b*) que la plena efectividad de éstos en vía de apremio venía condicionada por la existencia de cargas anteriores que gravaban los bienes sobre los que se promovió la anotación de embargo en garantía de los créditos del actor, esta Sala considera procedente fijar el importe de la indemnización en la suma de dos millones de pesetas coincidente con la acordada prudentemente por el Juzgado de Primera Instancia, devengando los intereses del artículo 921.4 LEC, derogada, a partir de la fecha de esta sentencia. (STS de 21 de junio de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (G. G. C.)

35. Responsabilidad médica. Aplicación de un sistema culpabilístico para fijar las pautas de la diligencia exigible en prestaciones médicas no meramente satisfactivas. Cuidado de la asepsia.—Se parte del sistema culpabilístico, especialmente afirmado por la jurisprudencia en tema de prestaciones médicas de carácter no meramente satisfactivo, en las que se ha tratado de fijar las pautas de la diligencia exigible, que contiene también las exigencias de pericia y de atención a las prestaciones de seguridad accesorias, entre las cuales se encuentra el cuidado de la asepsia, a través del expediente, tantas veces utilizado, de la *lex artis ad hoc*, es decir, del modo de proceder adecuado al concreto caso tratado según el estado actual de la ciencia y de la praxis médico-quirúrgica aceptada en los medios y en los foros expertos.

Teoría del daño desproporcionado: el resultado dañoso se presenta en la esfera de actuación del demandado y no de la víctima, lo que obliga al agente a dar una adecuada explicación o justificación de lo sucedido, pudiendo presumirse su culpa ante la carencia de una explicación convincente de las causas del evento dañoso, que correspondía al mismo profesional.—Uno de los expedientes paliativos del principio de culpabilidad es la llamada teoría del daño desproporcionado, al que se han referido múltiples decisiones (SSTS de 12 de febrero de 1990, 15 y 23 de febrero de 1993,

6 de julio de 1995, 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, etc.) adaptando la tesis de la *faute virtuelle* de la jurisprudencia francesa y la doctrina de «prueba aparente» (*Anscheinsbeweis*) de la jurisprudencia alemana o la técnica anglosajona de la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente (STS de 29 de junio de 1999). Ello, en buena técnica, permite no ya deducir la negligencia, ni establecer directamente una presunción de culpa, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una explicación cuya exigencia se traslada a su ámbito, pues ante el «daño desproporcionado», habitualmente no derivado de la actuación ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas de que se trate, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación por culpa que ya entonces se presume.

El cuidado de la asepsia forma parte de las prestaciones de seguridad que conforman un acto médico como cualitativamente adecuado y correcto según la llamada *lex artis ad hoc*, fórmula que trata de expresar un parámetro para medir, en este segmento de la actividad profesional, las «circunstancias de la personas, tiempo y lugar» que intervienen en la valoración de la diligencia, según la «naturaleza de la obligación» a que alude el artículo 1104 CC. Esta prestación ha de medirse en el uso de los servicios médicos que, por su propia naturaleza, como se dice en el artículo 28.1 LGDCU, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y suponen controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad (STS de 9 de diciembre de 1998).

Responsabilidad del cirujano y del centro sanitario por falta de asepsia.—No cabe excluir, en hipótesis, la responsabilidad del cirujano en la implantación de los injertos o de las prótesis por razón de hallarse contaminados, toda vez que la comprobación de la asepsia y de las condiciones básicas de tales piezas ha de comprenderse entre las prestaciones de seguridad que han de acompañar a la básica del acto quirúrgico, salvo circunstancias concurrentes en las que el suministro se haya producido a cargo del centro o por su indicación, entre otras, y esta responsabilidad, en todo caso, sería concurrente, en calidad de solidaria, con la del Hospital o Centro, lo que impediría que se pudiera desplazar a éste, exonerando al profesional. (STS de 16 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—El 9 de febrero de 1994, el facultativo don J. intervino quirúrgicamente a doña M., practicándole una disectomía de hernia discal, con artrodesis intersomática de injerto óseo e instalación de una placa de titanio. En el posoperatorio, la paciente fue visitada en tres ocasiones (marzo, mayo y julio de 1994) sin que el control clínico reseñara incidencia alguna hasta la última de las visitas, cuando se le practica radiología simple que evidencia una buena fijación de la osteosíntesis, así como una RMC, de la que no resulta presentar síntomas de afectación medular; la enferma presentaba dolores, a los que solamente se les dio la importancia normal tras una operación de hernia discal. El día 3 de agosto doña M. debió ingresar en el Hospital, con síntomas de hemiparesia y signos de irritación meníngea, siendo intervenida en tres ocasiones y

hallándosele un absceso de pus en la zona en la que había sido intervenida; se le retiraron las piezas de titanio que le habían sido colocadas. La enferma ha resultado con secuelas consistentes en una tetraparesia de carácter severo e incapacitante al 76%, perjuicio estético derivado de la traqueotomía realizada, y depresión grave.

Doña M. interpuso demanda contra don J. y la entidad *N., S. L.*, pidiendo la condena de aquéllos al pago de la suma de ciento quince millones de pesetas, más los intereses legales desde el día en que fue dada de alta definitivamente.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a don J. al pago de noventa millones de pesetas y absolviéndole de los demás pedimentos. Interpuso recurso de apelación por el demandado, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la anterior sentencia. Contra esa sentencia, don J. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La sentencia anotada hace mención del artículo 28.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, entonces vigente. Actualmente la referencia debería entenderse realizada al artículo 148.I del Texto Refundido de dicha Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, de contenido similar. (*F. J. J. M.*)

36. Responsabilidad médica. Diferencia entre medicina satisfactiva y curativa. Obligación de resultado.—El Tribunal Supremo reitera en esta sentencia su doctrina sobre la medicina satisfactiva, que, a diferencia de la curativa, responde a la voluntad de tratar una mejora corporal, estética o funcional del propio cuerpo, más que a una necesidad de salud del paciente. Por ello, en este tipo de medicina, el resultado ofertado al cliente, y perseguido por la intervención, opera como una auténtica representación final de la actividad que desarrolla el facultativo. De hecho, la obtención del resultado es el principal objetivo de la intervención.

Medicina satisfactiva. Aproximación al contrato de obra.—Es jurisprudencia reiterada (sirvan de ejemplo las SSTs de 11 de febrero y 28 de junio de 1997, 22 de julio de 2003, 21 de octubre de 2005 y 4 de octubre de 2006) que, en los supuestos de medicina satisfactiva, la relación que se establece entre el médico y el paciente participa en gran medida del arrendamiento de obra, pues, sin perder por completo su identidad jurídica de arrendamiento de servicios, se aproxima a ese otro contrato, al cobrar importancia el resultado que se pretende alcanzar. Esto propicia la exigencia de una mayor garantía en la consecución del resultado, ya que, a fin de cuentas, el paciente no acudiría al facultativo si no fuera para lograr la finalidad buscada.

Obligación de información en la medicina satisfactiva.—Según el Tribunal Supremo, en los supuestos de medicina satisfactiva, la diligencia del médico ha de ser especialmente intensa en su faceta de información. Concretamente, el médico ha de posibilitar que el paciente cuente con conocimientos suficientes y lo más exactos posible respecto al eventual fracaso de la intervención y a las secuelas negativas que pudieran afectarle, a fin de que su voluntad goce en todo momento de la más absoluta libertad para decidir si se

somete o no a la intervención. (**STS de 26 de abril de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Don P. acudió a la consulta de un especialista en urología y andrología, para solucionar un problema de fimosis que le afectaba. Animado por el médico, aceptó aprovechar la intervención quirúrgica a la que tenía que someterse, para corregir al mismo tiempo un defecto en sus órganos genitales que le causaban importantes trastornos psicológicos, hasta el punto de que le impedían mantener relaciones sexuales satisfactorias. La operación corrigió la fimosis, pero no cumplió las expectativas en relación al otro problema, motivo por el cual el paciente se sometió a una segunda intervención correctora. El resultado de la misma fue igualmente insatisfactorio, pues persistió el defecto físico que trataba de eliminar.

Don P. interpuso entonces demanda contra el médico, en reclamación de indemnización por los daños generados por las intervenciones a que se había sometido inútilmente. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda y don P. planteó contra esta sentencia recurso de apelación, que fue igualmente desestimado. Interpuesto recurso de casación por don P., el Tribunal Supremo estima el recurso, casa y anula la sentencia recurrida y revoca y deja sin efecto la de primera instancia, condenando al médico al pago de la indemnización solicitada por don P. en su demanda. (*A. M. M.*)

37. Contrato de obra. Responsabilidad decenal solidaria del constructor y del aparejador por defectos de la construcción.—Los hechos probados de la sentencia ponen en evidencia la existencia de una vivienda en situación tal (grietas, fisuras, humedades) que, si bien necesita ser reparada, no llega al grado de deficiencia que aconseje su demolición y reconstrucción sino que basta su rehabilitación con traslado de los usuarios a otra mientras ésta se produce. Estamos ante un fracaso casi generalizado de la construcción, de la que ha sido absuelto el arquitecto y condenados el aparejador y la constructora de la obra en pronunciamiento que, respecto del primero de ellos, recurrente en casación, debe mantenerse ya que dentro de las responsabilidades atribuibles al aparejador o arquitecto Técnico, están las de dirigir la ejecución material de la obra y controlar cualitativa y cuantitativamente la construcción y la calidad de lo edificado, como ahora dice el artículo 13 LOE, cumpliendo las órdenes recibidas, ejecutando materialmente el proyecto, calculando la adecuación de los materiales en su aplicación a la obra, inspeccionar ésta, y en lo demás, cumplir con las buenas prácticas de la construcción; obligaciones que desatendió hasta provocar los graves defectos que sufre la vivienda propiedad del actor y de cuyo incumplimiento responde solidariamente con la constructora al no haberse podido deslindar o individualizar las respectivas responsabilidades. (**STS de 24 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El demandante solicitó que se condenase a los demandados a demoler la vivienda objeto del contrato de obra y a reconstruirla debidamente; y, subsidiariamente, se les condenase a realizar a su costa las actuaciones necesarias para reparar los defec-

tos y sufragar los gastos de traslado y arrendamiento de nueva vivienda durante el transcurso de dichas obras.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda acogiendo las pretensiones solicitadas subsidiariamente y absolviendo al arquitecto demandado de las pretensiones del demandante. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por uno de los demandados revocando el pronunciamiento sobre costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

38. Contrato de obra: responsabilidad de los aparejadores en el proceso constructivo: doctrina general.—La STS de 26 febrero 2004 establece que corresponde a los aparejadores advertir del posible incumplimiento de las normas tecnológicas de la edificación, vigilando que la realidad constructiva se ajusta a la *lex artis*, incumbiéndole responsabilidad si la ejecución de las actividades constructivas no es correcta, pues de la observancia de las mismas son los primeros encargados, al ser los profesionales que han de mantener los contactos más directos, asiduos e inmediatos con el proceso constructivo. Tal jurisprudencia trae causa de las previsiones normativas que ya desde 1935, han venido regulando las facultades y competencias de los aparejadores (así el D de 18 de julio de 1935, el D. de 29 de febrero de 1971 y el artículo 13 de la Ley de Ordenación de la Edificación de 5 de noviembre de 1999, que atribuye a este agente del proceso constructivo, en cuanto director de la ejecución de la obra, la función técnica de dirigir la ejecución material de la obra y de controlar cuantitativa y cualitativamente la construcción y la calidad de lo edificado).

Ruina funcional: incorrecta disposición de la rejilla de desagüe de los garajes: responsabilidad del aparejador.—La incorrecta disposición de la rejilla de desagüe de los garajes, que no llega de un lado a otro de la rampa, y el funcionamiento defectuoso de la puerta de acceso que abre con dificultad, cae de lleno en el ámbito de responsabilidad del aparejador, quien, a tenor del D de 1971 era el encargado de ordenar la disposición y puesta en obra de cada una de sus unidades, comprobando las dimensiones y correcta disposición de los elementos constructivos

Excesiva pendiente de la rampa de los garajes: responsabilidad solidaria del aparejador y del arquitecto: imposibilidad de cuantificar la personal de cada responsable.—Sin negar las imperfecciones en que, de hecho, incurrió el arquitecto director de la obra, al tiempo de la redacción del proyecto, el simple hecho de haberse realizado la oportuna nivelación, al objeto de planificar la altura del forjado del garaje, sobre un terreno teórico, dejaba expedita también la responsabilidad del aparejador para, en ejercicio de sus funciones de supervisor de la ejecución material de la obra, sujeto en la misma medida a las previsiones del proyecto que a las denominadas «normas y reglas de la buena construcción», velar por la adecuación de tales nivelaciones al terreno real, siquiera fuese para cumplimentar la normativa urbanística, cuyo respeto a él también se le encomienda, y máxime cuando, según valoró la Audiencia Provincial, el ahora recurrente fue consciente y conocedor, al tiempo de ejecutarse las obras, de que algunas viviendas quedaron más desfavorecidas, sin poner remedio alguno para remediarlo. Dado que la Audiencia Provincial no cuantificó ni concretó la participación del aparejador en el vicio ruinógeno, ha de aplicarse la responsabilidad solidaria, pues es doctrina juris-

prudencial en los procesos referentes a la aplicación del artículo 1591 CC que compete a los juzgadores de las instancias determinar las diversas responsabilidades plurales que pueden concurrir y, a ser posible, individualizarlas, y la condena solidaria se presenta como último remedio cuando no se han podido determinar las responsabilidades exclusivas de cada uno de los intervinientes en el hacer constructivo (SSTS de 9 de marzo de 2000 y 27 de junio de 2002) (**STS de 31 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.] (*G. G. C.*)

39. Responsabilidad del promotor.—Aunque el artículo 1591 CC no alude de forma expresa a la figura del promotor, la jurisprudencia ha interpretado de forma reiterada que la responsabilidad decenal reconocida en tal precepto debe extenderse también al promotor en cuanto agente interviniente de forma decisiva en el proceso constructivo. Su responsabilidad procede con independencia de la responsabilidad del constructor, ya que puede apreciarse como autónoma teniendo en cuenta que al ser el vendedor está ligado a los adquirentes por los correspondientes contratos, y como tal asume el deber de entregar las cosas en condiciones de utilidad, es decir, exentas de vicios constructivos que frustren su utilidad y uso. El promotor tiene una eficaz y decisiva intervención en el proceso edificativo, que se inicia con la adquisición del solar y cumplimiento de trámites administrativos y urbanísticos para la edificación, y que finaliza con la presentación en el mercado de un producto que debe ser correcto, lo que impone actividades de elección y contratación a técnicos y constructores idóneos. De hecho la nueva Ley de Ordenación de la Edificación introduce al promotor en su artículo 17 como agente interviniente en el proceso constructivo con responsabilidad por vicios constructivos. Cuando el artículo 17.3 de dicha ley señala que el promotor responde solidariamente, en todo caso, con los demás agentes intervinientes de los daños materiales en el edificio ocasionados por defectos de construcción, significa que responde aun cuando estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo. (**STS de 24 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don J. A., como presidente de la comunidad de propietarios de un determinado edificio, interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía contra Vallehermoso, contra D. L. y contra O. C. I. S. A., suplicando que se dicte sentencia por la que se declare que las lesiones producidas en el citado edificio se deben a una deficiente y defectuosa construcción y proyección, y se condene a los demandados a ejecutar las obras de reparación necesarias a fin de corregir los defectos de la construcción, para que el conjunto de viviendas quede en perfecto estado, ejecutándose las obras si no las realizan voluntariamente los demandados, a costa de los mismos. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, considerando que los demandados están obligados a efectuar las obras de reparación de las deficiencias constructivas del edificio. Por su parte la Audiencia confirma la sentencia anterior. Vallehermoso interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo no ha lugar al mismo.

NOTA.—Las razones que de modo tradicional ha aportado la jurisprudencia para sostener la responsabilidad solidaria del promotor con los demás agentes de la edificación han sido varias, entre

otras: el promotor es quien se beneficia de la obra, es él quien elige a los técnicos y constructores, los adquirentes confían en su prestigio profesional y, por último, que en caso contrario podrían limitarse las posibilidades de los futuros compradores en el supuesto de que existiera una insolvencia de los otros responsables. La novedad de esta resolución es que añade un argumento más de derecho positivo a estos argumentos elaborados desde antaño: así, cita la Ley de Ordenación de la Edificación, en concreto, su artículo 17.3 cuando establece que el promotor responde «en todo caso» con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionados por vicios o defectos de construcción. Pero esta sentencia aquí reseñada no es la única que apunta esta dirección, también lo hace, por ejemplo, el fundamento de derecho primero de la STS de 4 de diciembre de 2008 (RJ 2008, 6950). (*Alma R. G.*)

40. Plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad decenal (art. 1591 CC).—Procede en el caso de autos, para evitar caer en el formalismo de atender exclusivamente a la fundamentación jurídica vertida en el escrito de demanda (responsabilidad por ruina del art. 1591 CC), concretar la causa de pedir que sustentaba la pretensión de la hoy recurrente, para estudiar si es factible, al amparo de los principios que ahora se invocan en este recurso, aplicar al caso de autos la normativa del cumplimiento contractual o si tal alternativa quebrantaría el deber de congruencia.

Debe comenzarse por señalar que se ejercitó acción de responsabilidad decenal contra sujetos unidos a la mercantil actora por vínculos contractuales (también contra las entidades que aseguraban la responsabilidad civil profesional de los técnicos intervinientes en la obra). En el cuerpo de la demanda se alegaba que el edificio estaba en ruina, sin concretar en ningún momento los respectivos incumplimientos determinantes de la causación de las deficiencias ruinosas, en razón del vínculo contractual existente con cada uno de los codemandados, así, se afirmaba que en la producción de la ruina del edificio «han concurrido varias concausas unas atribuibles al constructor y contratista de la estructura, otras a la dirección principal del arquitecto y a la secundaria del aparejador», apartándose de los principios de la responsabilidad por incumplimiento contractual al concluir que, al no poder discernir las consecuencias dañosas de cada una de las antedichas concausas, «la responsabilidad es de todos frente al dueño de la obra».

Pues bien, desde el mismo instante en que se interesa la condena de los codemandados en términos de solidaridad, obviando reseña alguna, en el curso de las actuaciones, sobre los concretos incumplimientos contractuales que pudieran imputarse a cada uno de aquéllos, se está enmarcando la acción ejercitada, ciertamente, en el ámbito de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC, que es el precepto invocado, por lo que la conclusión es clara: la reconducción de tal causa de pedir a los cauces de la responsabilidad por incumplimiento contractual abocaría a la incongruencia de la sentencia por alteración inadmisibles de la *causa petendi*.

Por lo expuesto, debe concluirse que se ha producido un ejercicio prematuro por la demandante de la acción de responsabilidad decenal, que consagra el artículo 1591 CC, siendo criterio reiterado en la jurisprudencia de esta Sala que el plazo de responsabilidad que establece el artículo 1591 CC comienza (*dies a quo*) en la fecha de la terminación de la construcción o de la

obra (entre otras, SSTS de 14 de febrero y 15 de octubre de 1991), aunque alguna sentencia, como la de 1 de octubre de 1992, se ha referido asimismo a la entrega («desde la construcción o entrega»). En cualquier caso, la solución dada al litigio por la resolución impugnada es acertada, por lo que el presente recurso debe ser desestimado. (STS de 18 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—La demandante, promotora de un edificio, ejerció acción de responsabilidad decenal contra la mercantil encargada de la realización de la estructura del inmueble así como contra el arquitecto, el aparejador y sus respectivas aseguradoras. Alegaba que, debido a «problemas estructurales», el edificio se estaba resquebrajando y que la obra no estaba concluida por lo que reclamaba, entre otros pronunciamientos, la condena solidaria de los demandados a que reparasen el edificio y lo concluyeran. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda. La Audiencia consideró que la responsabilidad del artículo 1591 CC sólo procedía en los casos en que el edificio estuviera ya terminado —salvando la posibilidad de acudir a la vía del incumplimiento contractual, que debió ser la utilizada por el demandante— por lo que revocó la sentencia del Juzgado y desestimó la demanda. En casación intenta la promotora reconducir la *causa petendi* de su pretensión a los cauces sugeridos por la Audiencia. El Tribunal Supremo, que se explaya en cuanto a la exigencia de congruencia de las resoluciones judiciales, no da lugar al recurso interpuesto por la promotora. (R. G. S.)

41. Responsabilidad derivada de la construcción de edificios. El inicio del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad contractual arranca del momento en que se concluyó la construcción, siendo rechazable que se iniciara en el momento de la cuantificación económica de la responsabilidad del agente constructivo.—Habrà de concluirse que se acogió con buen criterio la referida excepción de prescripción, tanto para el supuesto de que se entendiese ejercitada una acción de incumplimiento contractual, como si se quiso, en efecto, accionar al amparo del artículo 1591 CC. En el primer caso es claro que, desde que se agotó la eficacia del vínculo contractual que unió a actora y demandados, no medió denuncia alguna de la promotora, hoy recurrente, frente a los profesionales con los que contrató el proyecto y la dirección de la construcción de las viviendas en las que se produjeron las deficiencias. Por otra parte, la solución dada en las instancias es también respetuosa con la jurisprudencia sentada por esta Sala sobre plazo de garantía y plazo de prescripción, en supuestos de responsabilidad decenal. A este respecto se ha venido exigiendo en numerosas sentencias (entre otras, SSTS de 11 de octubre de 1974, 4 de diciembre de 1989, 14 de febrero, 15 de julio y 15 de octubre de 1991, 6 de abril y 30 de diciembre de 1994), el requisito de que los vicios ruinosos se produzcan dentro del plazo de garantía de diez años legalmente previsto, debiendo estarse, como día inicial del cómputo de la acción «a la fecha en que se produjo la ruina o manifestó el vicio ruinoso» (SSTS de 15 de octubre de 1990 y 28 de diciembre de 1998) «desde la de la aparición de los vicios de la construcción» (SSTS de 6 de abril de 1994 y 3 de mayo de 1996), «desde que se aprecie la ruina» (STS de 17 de septiembre de 1996), «o desde el momento en que se detecta el des-

perfecto en que el vicio se hace patente» (STS de 29 de diciembre de 1999). En cualquier caso, lo que no cabe en modo alguno es diferir al momento de la cuantificación económica de la responsabilidad del agente constructivo el inicio del plazo prescriptivo, cuando, como ocurre en el caso de autos, quedó efectivamente acreditado que, al poco tiempo de la finalización de las obras, comenzaron a aparecer los problemas de filtraciones, humedades y deslizamiento de los paños de la cubierta.

Falta de constancia de que los daños fueran continuados.—Ciertamente es consolidada doctrina de esta Sala (SS de 12 de diciembre de 1980, 12 de febrero de 1981, 19 de septiembre de 1986, 25 de junio de 1990, 15 y 20 de marzo y 24 de mayo de 1993, entre otras) la de que cuando se trata de daños continuados o de producción sucesiva e ininterrumpida, el cómputo del plazo de prescripción de la acción no se inicia (*dies a quo*) hasta la producción del definitivo resultado, cuando no es posible fraccionar en etapas diferentes o hechos diferenciados la serie proseguida, no resultando siempre fácil determinar en la práctica cuándo se produce o ha producido ese «definitivo resultado» que, en relación con el concepto de daños continuados, se nos ofrece como algo vivo, latente y concordante precisamente con la causa originadora y determinante de los mismos, que subsiste y se mantiene hasta su adecuada corrección (S de 25 de junio de 1990). En el presente caso no hay constancia en autos de la necesaria persistencia del hecho causal determinante de los daños, requisito éste a que se refiere, entre otras, la S de 20 de julio de 2001. Así, se ha tenido por demostrado que, al poco tiempo de la conclusión de la obra, aparecieron las deficiencias ya referidas y, que los propietarios afectados iniciaron sus reclamaciones ante la Delegación Territorial de Urbanismo del Gobierno Vasco a partir del mes de marzo de 1978. Según resulta de las actuaciones, tales daños ya se habían materializado en toda su extensión con carácter previo a la demanda presentada el 23 de marzo de 1986 por la comunidad de propietarios afectada; de hecho el 23 de marzo de 1983 se había impuesto a la promotora la sanción correspondiente por incumplimiento de los requerimientos de reparación de los desperfectos habidos. (STS de 13 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En un litigio anterior, una Caja de Ahorros fue demandada como promotora de la construcción de unos edificios por dos conceptos diferentes, una acción principal de responsabilidad por incumplimiento contractual y una acción subsidiaria de responsabilidad por vicios ruinógenos, siendo condenada por estimación de la acción principal ejercitada. Después de abonar las cantidades adeudadas, la Caja de Ahorros inició un procedimiento de repetición contra el constructor y los demás profesionales que habían realizado el proyecto y dirección de la construcción de las viviendas.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por apreciar la prescripción de la acción, ya que el plazo de prescripción debía iniciarse desde la fecha en que concluyó la construcción, en el supuesto de la acción de incumplimiento contractual, y desde la fecha en que surgieron los vicios ruinógenos, en el supuesto de la acción de responsabilidad decenal. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esta decisión. (L. F. R. S.)

42. Contrato de mediación: concepto y caracteres.—El contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario, o como dice el artículo 1754 CC italiano, sin estar ligado a los contratantes por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación. Constituye un contrato atípico y aleatorio, puesto que su resultado es incierto y la obligación de retribuir al mediador nace, salvo estipulación en contrario, de la perfección del contrato mediado. Se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la Ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil.

Contrato de mediación. Tácita conclusión.—La peculiar naturaleza de este contrato exige tomar en consideración que no siempre se acepta el carácter contractual de la fuente de la mediación, pues a veces el mediador, sin encargo previo, indica a la parte la oportunidad de concluir un negocio con otro, y éstos lo concluyen aprovechándose de la actividad desplegada por el mediador. La doctrina entiende que la efectiva celebración del contrato definitivo implica en estos supuestos la aceptación de la oferta de mediación hecha por el corredor.

Contrato de mandato: mandato tácito.—De acuerdo con la interpretación jurisprudencial del artículo 1710 CC, el mandato tácito ha de derivarse de actos que impliquen necesariamente de modo evidente y palmario la intención de obligarse mientras que es expreso no sólo el mandato que se da en instrumento público o privado, sino también de palabra. (STS de 21 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La mercantil *Albino Morán & Partners Shipbrokers, S. L.*, interpuso demanda contra el *Banco Exterior de España, S. A.*, en reclamación de las cantidades que afirmaba devengadas en concepto de premio o comisión, por la intervención como comisionistas, intermediarios y mandatarios en la venta de determinados buques. El Juzgado de Primera Instancia núm. 55 de Madrid estimó la demanda. La Sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

43. Contrato de mediación: concepto y naturaleza.—El contrato de mediación implica que el mediador ha de poner en contacto a su cliente con otra persona con la finalidad de que se pueda llegar a concluir un contrato. Constituye un contrato atípico (consensual y bilateral, *facio ut des* [hago para que tú des]) y aleatorio, puesto que su resultado es incierto y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la ley, la moral o el orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines.

Contrato de mediación. Derecho del mediador a la retribución: presupuesto.—El mediador tiene derecho a cobrar el premio siempre y cuando el contrato promovido llegue a celebrarse, estando sometido, pues, a la condición suspensiva de su celebración, y así el resultado que da derecho a la retribución es la perfección del contrato. Por tanto, la regla general es que el mediador sólo tiene derecho a percibir los honorarios si ha intervenido en la

gestación del contrato o el comitente se aprovecha de las gestiones realizadas por el agente. (STS de 12 de junio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Don Carlos Manuel interpuso demanda contra doña Verónica, doña Lidia, don Cosme, don Marcos, don Luis María y don Bartolomé, en reclamación de cantidad derivadas de un contrato de mediación. La parte demandada formuló reconvencción solicitando que al no haberse transmitido la cosa como efecto del contrato de compraventa en el que don Carlos Manuel actuó como mediador, les debían ser devueltas las cantidades que se habían hecho efectivas. El Juzgado de Primera núm. 1 de Puerto La Cruz núm. 26 de Barcelona estimó la demanda y desestimó la reconvencción. La Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

44. Contratos. Interpretación: punto de partida.—La interpretación contractual se desdobra en dos partes: la fijación de hechos, *quaestio facti*, y la aplicación de las normas valorativas o interpretativas o *quaestio iuris* [cuestión de Derecho] y que el punto de partida de la interpretación es la letra del contrato, tal como dispone el primer párrafo del artículo 1281 CC y que, por consiguiente, debe estarse al sentido literal de las cláusulas cuando no dejan dudas sobre la intención de los contratantes.

Contrato de mediación o corretaje. Naturaleza jurídica y caracteres.—El contrato de mediación se integra en los contratos de colaboración y gestión de intereses ajenos, cuya esencia reside en la prestación de servicios encaminados a la búsqueda, localización y aproximación de futuros contratantes, sin intervenir en el contrato ni actuar propiamente como mandatario o, como dice el artículo 1754 del CC italiano, sin estar ligado a los contratantes por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación. Constituye un contrato atípico (consensual y bilateral, *facio ut des* [hago para que tú des]) y aleatorio, puesto que su resultado es incierto y se rige por las estipulaciones de las partes que no sean contrarias a la Ley, a la moral o al orden público y, en lo no previsto, por los preceptos correspondientes a figuras afines, como el mandato, el arrendamiento de servicios o la comisión mercantil.

Contrato de mediación o corretaje. Tácita celebración.—La peculiar naturaleza del contrato de mediación permite su constitución de modo tácito, en aplicación de las normas del mandato e incluso exige tomar en consideración que no siempre se acepta el carácter contractual de la fuente de la mediación, pues a veces el mediador, sin encargo previo, indica a la parte la oportunidad de concluir un negocio con otro, y éstos lo concluyen aprovechándose de la actividad desplegada por el mediador. La doctrina entiende que la efectiva celebración del contrato definitivo implica en estos supuestos la aceptación de la oferta de mediación hecha por el corredor si no existe un acto previo de fijación o confirmación, como ocurre en el supuesto de autos.

Contrato de mediación o corretaje. Obligación del mediador.—En el contrato de mediación o corretaje el mediador ha de limitarse en principio a poner en relación a los futuros contratantes sobre un objeto determinado contribuyendo eficazmente a que las partes concluyan el negocio.

Contrato de mediación o corretaje. Devengo de honorarios a favor del mediador.—El devengo de honorarios está sujeto a la condición suspensiva de la celebración del contrato pretendido, salvo pacto expreso. De esta suerte, los honorarios de los agentes se devengan, salvo pacto que contemple otra modalidad, al celebrarse el contrato o negocio objeto de la mediación siempre que la operación se realice dentro del plazo fijado por los contratantes, ya que este contrato no tiene carácter indefinido. En consecuencia, los derechos del agente mediador al cobro de las remuneraciones convenidas se adquieren desde el momento en que se perfecciona la compraventa encargada, que lleva consigo la actividad previa de oferta y búsqueda de adquirentes y puesta en contacto con el vendedor. Desde el momento en que ambos conciertan el negocio, que efectivamente llevan a cabo, el mediador ha cumplido y agotado su actividad intermediaria, que es la de mediar y no la de vender, salvo que concurra pacto expreso en este sentido, o cuando se conviene que sólo se podrían cobrar honorarios cuando la venta se halle consumada.

Contrato de mediación o corretaje. Obligación de garantizar la consumación del contrato.—Entre las obligaciones del mediador, salvo pacto expreso, no se encuentra la de garantizar la consumación del contrato, cualquiera que sea la causa que pueda haber producido el incumplimiento por parte del vendedor, siempre que no le sea imputable. Así ocurre, a título de ejemplo, cuando el comprador desiste de la compra por disconformidad respecto del abono de la retribución al propio mediador o cuando la venta se resuelve por las cargas que afectan al inmueble desconocidas por el comprador. (STS de 30 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don Simón interpuso demanda contra la mercantil *Inmobiliaria Xarosa, S. A.*, solicitando, entre otros pedimentos, el abono de determinadas cantidades en concepto de mediación o corretaje. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de A Coruña desestimó la demanda. La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. (N. D. L.)

45. Préstamo. Naturaleza real. Validez del préstamo consensual.—En el Derecho romano el mutuo requería, además de la *conventio* o acuerdo de devolver lo prestado, la *datio rei* o *traditio* de la suma de dinero o de las cosas fungibles. El artículo 1740 CC se apartó del precedente representado por el artículo 1630 del Proyecto de 1851 y atribuyó a la *datio rei* la función de presupuesto del nacimiento de la obligación del prestatario, con lo que configuró el préstamo como un contrato de naturaleza real, en el que la entrega quedó convertida en elemento constitutivo o necesario para la existencia del mismo (*vid.* SSTs de 11 de mayo de 1962, 8 de julio de 1974, 7 y 27 de octubre de 1994, 22 de mayo de 2001 y 11 de julio de 2002). Sin embargo, esa consideración de la entrega como requisito de la perfección del préstamo en nuestro Código civil y la falta de regulación de su fase consensual no constituyen obstáculo para admitir la validez y eficacia del contrato por el que, en ejercicio de su autonomía de voluntad, una de las partes se obligue a entregar en préstamo y la otra a devolver lo prestado, claro está, en el caso de recibirlo.

Cesión de créditos. Cambio de receptor de la suma prestada. No vinculante para el prestamista si no lo ha consentido.—Las particularidades de

la obligación de prestar dan lugar a que el correlativo crédito del prestatario esté unido a la obligación de devolver otro tanto de lo recibido, de modo que un cambio del receptor de la suma, si implica el del deudor, nunca será eficaz para el acreedor sin que lo haya consentido (art. 1205 CC y SSTs de 16 de noviembre de 1990, 18 de marzo de 1992, 31 de mayo de 1994, 12 de julio de 2002, entre otras muchas). Si lo que quisieron el prestatario-cedente y el cesionario fue designar a éste para que fuera él quien recibiera la prestación debida por la prestamista, sin traslado o modificación del componente pasivo frente a ella, habría que concluir que esa indicación para el pago (*adiectus solutionis gratia*), contemplada para el depósito en el artículo 1766 CC, no era vinculante para la deudora, aunque no contenga nuestro Código civil norma similar a la del artículo 771 del portugués («o devedor não é obrigado a satisfazer a prestação... à pessoa por este –el acreedor– autorizada a recebê-la, se não houver convemção nesse sentido»). Asimismo en el caso estudiado ha quedado probado, además de que la prestamista no prestó su consentimiento a la indicación, el legítimo interés de la misma en que el dinero que entregaba a la prestataria se destinara, según lo pactado en la escritura de préstamo, a la construcción que era el objeto de la garantía hipotecaria y no a otros fines, como el pago de deudas de aquélla frente a terceros. (STS de 26 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

HECHOS.—La caja de ahorros *M. P. C. A. C.*, con garantía hipotecaria sobre las fincas resultantes de la construcción de un edificio sobre el inmueble comprado por *P. C. M., S. A.*, y de la constitución en él del régimen de propiedad horizontal, concedió a dicha sociedad un préstamo, de las que le entregó, en el acto de otorgamiento de la escritura pública, una parte, con el pacto de que el resto lo entregaría a medida que la construcción hipotecada se fuera concluyendo.

Para cumplir la parte aplazada del precio de compra de una finca, la compradora *P. C. M., S. A.*, cedió al vendedor don J. R. el «crédito hipotecario» (*sic*) que tenía contra la caja de ahorros, en la parte equivalente a la cantidad que le debía. Don J. R. notificó esa cesión a la caja, respondiendo ésta que había contratado sólo con *P. C. M., S. A.*, y que era ajena a los pactos entre ésta y el notificante, que no le vinculaban. La caja realizó el pago a la acreedora cedente, por el resto de la suma aplazada en la escritura de préstamo, y no al acreedor cesionario.

Don J. R. interpuso demanda contra *P. C. M., S. A.*, y *M. P. C. A. C.*, solicitando que se condenara solidariamente a las demandadas a abonarle el importe del crédito cedido, más los intereses correspondientes a dicha cantidad desde las fechas en que tuvieron las entregas y los intereses legales desde la interposición de la demanda y costas.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a *P. C. M., S. A.*, a abonar al actor el importe del crédito cedido más intereses legales, y absolviendo a la caja. Interpuesto recurso de apelación por don J. R., la Audiencia Provincial lo estimó plenamente, revocando parcialmente la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar solidariamente a la caja de ahorros —además de a *P. C. M., S. A.*,—, como ya había hecho el Juzgado— al pago de la cantidad que ya había recibido la cedente. Contra esa sentencia, la caja de ahorros *M. P. C. A. C.* recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

46. Derechos del fiador por efecto del pago. Cesión del contrato.–

Semejantes planteamientos no pueden ser acogidos y por ello todos los motivos del recurso, incluido también ese otro motivo sólo aparente, han de ser desestimados, ya que la parte recurrente elude por completo la razón causal del fallo impugnado, consistente en distinguir la asunción de deuda de la cesión del contrato, encuadrar las pretensiones de dicha parte en esta última figura y, en consecuencia, denegarlas por faltar el consentimiento de la arrendataria financiera.

El error de base de la parte recurrente es creer que por haber pagado como fiador del arrendatario financiero tiene derecho no sólo a exigirle el reintegro de lo pagado, convirtiéndose en su acreedor como se desprende de las normas que cita, sino también a desposeerle de los bienes arrendados y de su opción de compra sin contar con su voluntad e incluso en contra de la misma; es decir, como si el fiador de un inquilino que pague rentas adeudadas por éste pretendiera tener derecho no sólo al reintegro de lo pagado sino también a desalojarle de la vivienda para ocuparla él. Resulta así una importante confusión conceptual que induce a la parte recurrente a invocar normas que la autorizarían a asumir la posición acreedora de las arrendadoras financieras respecto de las cuotas mensuales que pagó como fiadora para, en cambio, querer subrogarse no en la posición acreedora sino en la de deudora, aunque con los derechos que ésta también ostenta en virtud de la bilateralidad y la reciprocidad de las relaciones jurídicas nacidas de los dos contratos de arrendamiento financiero. Y tal confusión tiene su raíz precisamente en no haber advertido que, como atinadamente señala el tribunal sentenciador, lo materialmente pretendido en la demanda no era una subrogación en los derechos del acreedor, ni tampoco una sustitución del deudor en cuanto a sus obligaciones pendientes sino una cesión del contrato en el sentido de suceder la actora a la arrendataria financiera no sólo en todas sus obligaciones dimanantes de los respectivos contratos sino también en sus derechos.

Se precisaba, por tanto, el consentimiento de la arrendataria para que derechos tan característicos del contrato de arrendamiento financiero como el uso del material arrendado y el ejercicio de la opción de comprarlo al vencimiento del plazo contractual, pasaran a otro sujeto distinto, pues como ha señalado la jurisprudencia el rasgo que más claramente distingue la cesión del contrato de la cesión de créditos o la asunción de deuda es el de versar sobre un contrato de prestaciones recíprocas, razón por la cual se exige la conjunción de tres voluntades contractuales (las de cedente, cesionario y cedido) como determinante de su eficacia (SSTS 28 de abril de 2003, 27 de noviembre de 1998 y 5 de marzo de 1994, con citas a su vez de otras muchas), habiéndose inclinado la jurisprudencia por esta figura más que por la cesión de crédito y la asunción de deudas simultáneas (SSTS 5 de diciembre de 2000 y 9 de diciembre de 1999). En suma, como señala la S de esta Sala de 29 de junio de 2006, la esencia de la cesión del contrato es la sustitución de uno de sus sujetos y la permanencia objetiva de la relación contractual, implicando la transmisión de la relación contractual en su integridad y, por tanto, que al nuevo sujeto pasen no sólo las obligaciones sino también los derechos del primitivo.

Por todo ello, siendo evidente que en el caso examinado el sujeto a quien se pretende desplazar del contrato, esto es la entidad arrendataria financiera, que sería la presunta cedente, no sólo no ha consentido la cesión sino que además se ha opuesto expresamente a ella, claro está que el presente recurso no puede prosperar, pues incluso se omite en el mismo cualquier consideración sobre la circunstancia de que al menos uno de los contratos en cuestión contuviera una cláusula específica sobre la cesión del contrato o de la propie-

dad de los bienes arrendados, autorizando expresamente al Banco arrendador para ceder su propia posición contractual o transmitir los bienes a un tercero y en cambio nada se previera sobre la cesión de la posición contractual de la parte arrendataria. De ahí, en definitiva que lo que en realidad se persiga mediante este recurso, como en su día mediante la demanda, sea eludir el régimen propio y específico del fiador que paga por el deudor, establecido en los artículos 1838 a 1843 CC (**STS de 8 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio que llega a la casación se inicia por demanda de la entidad fiadora de la arrendataria de dos contratos de arrendamiento financiero que había garantizado el pago de las cuotas mensuales en caso de que la arrendataria no las pagara. La demanda se dirigió contra la arrendataria y las dos partes arrendadoras de los respectivos contratos y en ella se pedía le fuera concedida a la actora la subrogación en cada uno de los contratos reconociéndosele la cualidad de usuaria o arrendataria financiera sobre la base del impago de las cuotas mensuales a cargo de la arrendataria demandada. La sentencia de primera instancia estimó la demanda. La arrendataria recurrió en apelación y la Audiencia, revocando la sentencia del Juzgado, desestimó totalmente la demanda por haber confundido la actora la asunción de deuda con la cesión del contrato, lo que impedía reconocerle el derecho a usar las máquinas objeto de los contratos (que es lo que la demandante quería). Recurre en casación la entidad fiadora declarando el Tribunal Supremo no haber lugar. (*R. G. S.*)

47. Fianza. Extinción por imposibilidad de subrogación del fiador por hecho del acreedor.—El artículo 1852 CC dispone que los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo. Es una causa específica y directa de extinción de fianza. El artículo 1839, primer párrafo, contempla la subrogación legal del fiador que paga, por lo que es lógica consecuencia sancionar la conducta del acreedor que impida no sólo la subrogación en el crédito, sino también en los derechos accesorios (*vid.* SSTS de 30 de enero y 25 de octubre de 1999, 8 de mayo de 2002 y 19 mayo de 2005).

El hecho del acreedor que impide la subrogación y provoca la liberación del fiador es aquel acto voluntario y libre que de forma activa o pasiva se produce en la misma relación jurídica en la que se había dado la fianza, pero no si se produce en otra. Así, si el acreedor era titular de dos derechos de crédito podía, sin menoscabo de tercero, ejecutar uno (embargo) y luego otro hipotecario, pero la hipoteca ya estaba extinguida; el fiador, como deudor solidario, paga y se subroga en el crédito, pero no en aquella hipoteca que ya estaba extinguida por consolidación en un procedimiento anterior y por una relación jurídica distinta.

Consolidación y confusión.—La consolidación es un modo de extinguir el derecho real limitativo del dominio cuando concurren en la misma persona las titularidades del derecho real pleno —propiedad— y del derecho real limitativo, que produce la extinción de este último. La confusión es el modo de extinción de la obligación completa —crédito y deuda— por la concurrencia en la misma persona de las titularidades activa y pasiva. (**STS de 4 de mayo de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El banco *B. E. C., S.A.* celebró un contrato de préstamo con garantía de hipoteca con don P. M. y su esposa doña M. como prestatarios, siendo fiadores solidarios don F. y su esposa. La misma entidad bancaria, por razón de un préstamo personal a aquellos mismos prestatarios, incoó juicio ejecutivo, produciéndose el embargo sobre la misma finca y adjudicándosele en subasta. A su vez, ante el impago de aquel préstamo hipotecario, *B. E. C.* interpuso demanda de juicio ejecutivo contra los prestatarios y contra el fiador solidario don F.; en el curso del proceso, este último consignó en el juzgado la cantidad por la que se había despachado ejecución y se declaró la subrogación del mismo en el crédito hipotecario.

El banco interpuso demanda en la que interesa la extinción del derecho de hipoteca, como limitativo del dominio, por consolidación y, en consecuencia, la nulidad de la subrogación a favor del demandado don F. Éste formuló demanda reconvenional, interesando que se le declarara libre de su obligación derivada de la fianza solidaria y se condenara a *B. E. C.* a que le devuelva la cantidad que pagó y otras cantidades.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda principal, declarando la extinción del derecho real de hipoteca por consolidación y la nulidad de la subrogación; y asimismo estimó la demanda reconvenional y condenó a la entidad bancaria a devolverle la suma pagada con los intereses legales. Interpuesto recurso de apelación por *B. E. C., S. A.*, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia. Contra esa sentencia, el banco recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

48. Cláusula de arbitraje incluida en un contrato de arrendamiento. El arbitraje se extiende a la cláusula penal, que guarda evidente interrelación con el arriendo.—Ha de extenderse al pacto indemnizatorio la cobertura de la cláusula de arbitraje, dada la evidente interrelación con el arriendo, recogiendo el pacto de indemnización reclamado en el citado «addendum núm. 3», expresamente reconocido como complementario del contrato de arrendamiento (pactos primero y tercero), y como consecuencia de un retraso en la realización de la obra por parte de la demandada arrendataria, a cuyo favor se constituyó el derecho de superficie, cuya duración coincidía con el arrendamiento, cabiendo añadir que en el citado «addendum núm. 3» se recoge expresamente la continuación en vigor de los aspectos, no modificados posteriormente, del contrato de arrendamiento de 10 de septiembre de 1984, especificándose en el propio «addendum núm. 3» diversas modificaciones de las estipulaciones de aquél, que no alcanzan a la cláusula arbitral.

El compromiso de arbitraje, pactado con anterioridad a la Ley de Arbitraje de 1988, tiene la eficacia que la misma atribuye al convenio arbitral.—Tales argumentaciones han de ser rechazadas, siendo aplicable la doctrina de esta Sala, expresada en S de 13 de julio de 2001, recurso núm. 1739/1996, en la que se razona que «la interpretación flexible (no formalista) en la materia es la que prevalece en la doctrina, en la que se sostiene que «basta que el convenio arbitral contenga por escrito y claramente el consentimiento de las partes de someterse a las decisiones de los árbitros,

sin que la obligación de cumplir la decisión de los mismos sea algo que deba incluirse expresamente en el convenio, sino que se entiende implícita en el concepto de arbitraje»; es la que recoge la S de esta Sala de 1 de junio de 1999, que señala que «el contrato de compromiso, o convenio arbitral como lo llama la Ley, debe contener el consentimiento, declaraciones de voluntad concordes de las partes, lo cual lo especifica el artículo 5.1 al disponer que debe expresar la voluntad inequívoca de las partes, que no es otra cosa que el consentimiento contractual; y al añadir el último inciso que también debe expresar la obligación de cumplir tal decisión (el laudo arbitral) no es más que una simple redundancia, que va implícita en la voluntad inequívoca de las partes y que integra el consentimiento contractual; es decir, esta frase «obligación de cumplir la decisión» no es una frase sacramental que debe constar en el convenio arbitral, sino que va implícita e integrada en el consentimiento»; y es la interpretación que más se ajusta al espíritu de la Ley 36/88 respecto a la simplificación de formas y facilitación del arbitraje, en sintonía con su función y respeto al principio de la autonomía privada (art. 1255 CC); y asimismo que «la Ley de Arbitraje 36/1988, de 5 de diciembre, que sustituyó (DD 1) a la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953, de conformidad con la disposición transitoria tercera que establece que «salvo en los casos en que el procedimiento arbitral se hubiese iniciado ya, los arbitrajes cuyo convenio arbitral se hubiere celebrado antes de la entrada en vigor de esta Ley (36/88) se regirán por las disposiciones contenidas en la misma»; y como la nueva Ley ha prescindido de la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso que contenía la Ley de 1953 resulta claramente inaplicable la jurisprudencia dictada para esta normativa legal (representada por las sentencias citadas y otras como las de 16 de noviembre de 1996 y 20 de octubre de 1997) que condicionaba la eficacia de la cláusula preliminar a la formalización judicial –consumada o pendiente– de la misma, y aún cuando en el título VI de la nueva Ley (arts. 38 y ss.) se prevé una formalización judicial para la designación de los árbitros, sin embargo no hay fundamentación legal para mantener en cuanto a dicha formalización una solución similar a la que para el compromiso preliminar resultaba de los artículos 11 y 19 de la Ley derogada. Por lo demás es de indicar que el compromiso preliminar pactado con anterioridad a la nueva Ley tiene la eficacia que la misma atribuye al convenio arbitral si reúne los requisitos de éste, y aunque no contenga la designación de los árbitros». Consecuentemente, la concurrencia de tales infracciones legales, ha de ser rechazada. (**STS de 6 de marzo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—En un procedimiento declarativo de reclamación de cantidad, debida a consecuencia de una cláusula penal, la demandada opuso la excepción de arbitraje, puesto que el contrato de arrendamiento suscrito entre las partes contenía una cláusula de sumisión al arbitraje de derecho. La demandante alegó que la cláusula penal, en cuya virtud reclamaba la indemnización, no se refería al arrendamiento. El Juez de Primera Instancia dictó un auto por el que declaraba no haber lugar a la cuestión de competencia formulada por la demandada, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y con él la excepción de arbitraje. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

49. Orden jurisdiccional competente en reclamaciones indemnizatorias frente a la Administración. *Vis atractiva* de la jurisdicción civil.—La demanda se presentó, contra una administración pública, una entidad de derecho público que actúa en régimen de empresa mercantil con sometimiento al ordenamiento jurídico privado y una persona privada (contra la que ciertamente se desiste más tarde), y se presenta después de la vigencia de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, pero antes de la Ley 29/1998, de 13 de julio. Esta Sala ha venido considerando, antes de la actual redacción del artículo 9.4 LOPJ, que la reclamación de daños en base a los artículos 1902 y ss. CC es una acción personal cuyo conocimiento corresponde al orden jurisdiccional civil, incluso cuando se inserta en relaciones cuyas incidencias se atribuyen a otros órdenes jurisdiccionales, dado el carácter residual y extensivo de la competencia del orden civil que determina el artículo 9.2 LOPJ (SS de 12 de junio de 2000, 13 de julio de 1999, 13 de octubre de 1998, 21 de marzo de 1997, 8 de febrero y 8 de mayo de 2007, etc.). Así pues, las razones invocadas por la sentencia recurrida, que fundamentalmente radican en la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, la concurrencia de personas privadas en la responsabilidad, de modo solidario, la necesidad de evitar un peregrinaje procesal y las exigencias de tutela judicial efectiva (art. 24 CE) han de primar.

Culpa extracontractual; negligencia: se aprecia. Circunstancias de cada caso concreto.—Se solicita la responsabilidad del Ayuntamiento por haber incumplido la obligación de exigir a RENFE la clausura y el vallado de la vía férrea en cumplimiento de sus indeclinables deberes de policía urbana y salvaguarda de la seguridad. Según el Tribunal Supremo, el motivo no puede prosperar. Al margen de una normativa concreta (por ejemplo, Ley 16/1987 de Ordenación de los Transportes Terrestres; Ley 25/1988 de Carreteras), que realice una distribución de competencias determinada, existe jurisprudencia reiterada que hace hincapié en que hay que estar a las circunstancias de hecho apreciadas en instancia, entre las que se encuentra la de frecuencia de paso o especialidades que se presentan en cada situación, para resolver si determinada acción u omisión de la Administración es constitutiva de negligencia (SS de 24 de abril de 2003, 19 de mayo de 2005, etc.), y por otra parte es coherente con el criterio que decidió la solución en la S de 31 de diciembre de 1997). En este sentido, son las circunstancias de accesibilidad, frecuencia de paso y proximidad a zona populosa, además de la habitualidad de tránsito de los jóvenes, que pone de relieve la sala de instancia, los que han de decidir al Ayuntamiento, como cabe deducir del artículo 25 de la Ley de Bases de Régimen Local, (Ley 7/1985 de 2 de abril, modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre) a ejercer sus competencias sobre seguridad en lugares públicos, ordenación del tráfico de vehículos y personas y protección civil, o, en su caso, a exigir de las demás administraciones o de las entidades y organizaciones a las que se confían la policía y el control del uso de instalaciones y servicios, a los indicados efectos, las medidas adecuadas para salvaguardar los bienes y derechos de los ciudadanos que le han sido confiados. Al omitir un comportamiento adecuado en este sentido, puede decirse que hay culpa en la actuación del Ayuntamiento, en el correcto sentido, en el concepto normativo, que en propiedad corresponde a esta expresión. **(STS de 15 de junio de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penadés.]

HECHOS.—El hijo de los actores, A., de trece años, falleció en 15 de enero de 1994, tras ser golpeado por una locomotora a las 23:30,

cuando se disponía a cruzar la vía férrea a la altura del centro comercial de Bahía Sur, en la localidad de San Fernando. A. había salido con unos amigos de la Urbanización Villarrubí, para dirigirse al complejo Bahía Sur, para lo cual utilizaron la pasarela existente que salvaba la vía férrea y la variante de la Nacional IV a su paso por San Fernando, si bien no bajaron por el último de los accesos, sino en uno anterior, que lo hace en las inmediaciones de la vía férrea. Allí decidió volver a la urbanización a buscar a otros amigos, para lo cual no utilizó la pasarela, sino que, por comodidad, atravesó la vía férrea, siendo a su regreso, por el mismo camino, cuando fue arrollado. Como consecuencia resultó gravemente lesionado, falleciendo poco después. Los padres de A interponen demanda contra RENFE y Ayuntamiento de San Fernando, reclamando la condena solidaria de ambos como responsables solidarios del fallecimiento de su hijo. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La sentencia fue apelada por los demandados, pero fue confirmada por la Audiencia Provincial. Presenta recurso de casación el Excmo. Ayuntamiento de San Fernando. (S. M. S.)

50. Responsabilidad médica. Competencia de la jurisdicción civil sobre las pretensiones resarcitorias fundadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración concurrentemente y de forma solidaria con la de los particulares, ejercitadas tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1998.—Es doctrina jurisprudencial que es competencia de la jurisdicción civil el conocimiento de los juicios que tienen por objeto las pretensiones resarcitorias fundadas en la responsabilidad patrimonial de la Administración concurrentemente y de forma solidaria con la de los particulares, en el marco de las acciones de responsabilidad extracontractual derivadas de los artículos 1902 y ss. CC, ejercitadas tras la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 6/1998 (así, las SSTs de 22 de julio de 2004, 24 de noviembre de 2005 y 8 de junio y 14 y 22 de diciembre de 2006). La entrada en vigor de la Ley 29/1998, de 13 de junio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, y la reforma operada por la citada Ley Orgánica 6/1998, junto con la modificación de la Ley 30/1992 llevada a cabo por la Ley 4/1999, de 13 de enero, constituyen el punto de inflexión, en la medida que configuran un marco competencial, material y jurisdiccional, que sitúa de manera decidida en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa la competencia para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas conjuntamente contra las Administraciones Públicas y los particulares, poniendo fin de este modo a la divergencia de las respuestas judiciales de los tribunales de los distintos órdenes al examinar estas cuestiones con anterioridad a ese nuevo marco normativo, y ajustándose, por ende, a los designios del legislador comunitario de concentrar las reclamaciones contra la administración en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 215 TCE).

Irrelevancia de la naturaleza de la relación de los facultativos con el ente público sanitario.—Para la aplicación de esta doctrina resulta irrelevante la naturaleza de la relación que vincula a los facultativos con el ente público sanitario, pues la pretensión resarcitoria no deriva de la relación de dependencia del organismo público, sino de la establecida como consecuencia de

un acto ilícito causante de daño a cuya producción concurre la conducta de todos los codemandados por culpa *in omittendo*, *in vigilando* e *in eligendo*. (STS de 16 de mayo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Doña S. falleció el 8 de febrero de 1996 en el hospital V. L., adscrito al sistema nacional de salud, a resultas de las lesiones cerebrales causadas por una anoxia grave.

Don S., esposo de la fallecida, y don J. A., don B., doña M. A. y doña C., hijos de la misma, formularon demanda contra el Instituto Nacional de la Salud, la doctora doña P. y las aseguradoras W, S. A. y M. I., . . A. S., pidiendo se declarara la responsabilidad extracontractual de los demandados, condenándoseles a abonarles la cantidad de veinticinco millones de pesetas en concepto de indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia, estimando la excepción de falta de jurisdicción, absolvió a los demandados y desestimó la demanda sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto. Interpuesto recurso de apelación por los actores, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, los demandantes recurrieron en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La determinación de la jurisdicción competente en reclamaciones de responsabilidad por actuaciones médicas en el ámbito sanitario público, demandándose conjunta y solidariamente a la Administración pública sanitaria y a los facultativos causantes del daño, ha experimentado grandes oscilaciones en la jurisprudencia, que recoge la sentencia examinada. Mientras que tras la LRJ-PAC la jurisprudencia civil venía manteniendo la competencia de la jurisdicción civil —momento temporal en el que se producen los hechos sobre los que resuelve esta sentencia, y que determina su conclusión—, la solución ha cambiado radicalmente tras la LRJCA de 1998, la LO 6/1998 y la reforma de la LRJ-PAC por la Ley 4/1999, de modo que en la actualidad queda determinada de modo inconcuso la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las pretensiones de responsabilidad patrimonial deducidas conjuntamente contra las Administraciones Públicas y los particulares. (F. J. J. M.)

51. Responsabilidad extracontractual. Producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, y no concerniente a incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo. Competencia de la jurisdicción civil, y no de la social.—La materia para determinar la competencia del orden jurisdiccional social se refiere a las cuestiones concernientes al ámbito propio del contrato de trabajo; pero no cuando lo acontecido sea la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica de dicho contrato, y permite entender que su conocimiento corresponde al orden jurisdiccional civil por el carácter residual y extensivo del mismo, máxime cuando la acción ejercitada es la personal de resarcimiento de daños y perjuicios de los artícu-

los 1902 y 1903 CC (aparte de otras, SSTs de 21 de marzo de 1997, 13 de octubre de 1998, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, 15 de julio de 2002, 22 de abril de 2003 y 4 de octubre de 2006). Al ser patente la superación del principio de indemnidad del empresario y de los límites de la reparación, dada la compatibilidad entre las indemnizaciones fundadas en la responsabilidad civil del empresario y las prestaciones de la Seguridad Social originadas por el mismo supuesto de hecho, resulta aconsejable mantener, en garantía del principio de reparación íntegra del daño, la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer la posible culpa del empresario fundada en dichos preceptos del Código civil (STS de 8 de octubre de 2001).

La jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha venido manteniendo, con la excepción en cierto modo representada por las SSTs de 24 de diciembre de 1997, 10 de febrero de 1998 y 20 de marzo de 1998, la competencia del orden jurisdiccional civil para conocer la responsabilidad civil por culpa extracontractual del empresario por muerte o lesiones del trabajador sufridas mientras desempeñaba su trabajo. Finalmente, después de las tres citadas sentencias de esta Sala, que parecían indicar un cierto giro en la jurisprudencia sobre esta materia, se ha reafirmado sin embargo la competencia del orden jurisdiccional civil siempre que la demanda no se funde en el incumplimiento de las obligaciones del empresario derivadas del contrato de trabajo sino en la culpa extracontractual del artículo 1902 CC (*vid.* SSTs de 13 de julio, 13 de octubre, 18 de noviembre, 30 de noviembre, 24 de noviembre y 18 de diciembre de 1998, 1 de febrero, 10 de abril, 13 de julio y 30 de noviembre de 1999, 7 de julio de 2000, 22 de julio y 28 de noviembre de 2001, 29 de abril y 4 de noviembre de 2004, 19 de julio de 2005 y 31 de marzo de 2006).

La Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo no crea jurisprudencia.—Las resoluciones dictadas por la Sala de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo no crean doctrina jurisprudencial (*vid.* SSTs de 4 de diciembre de 1995 y 4 de octubre de 2006). (STS de 11 de mayo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don A., esposo de doña M. y padre de los hijos menores del matrimonio contraído con la misma, desarrollaba su trabajo en la escombrera propiedad de G. A., S. A., por cuenta de B. R. C., S. A., sufrió un accidente, produciéndose la caída de la excavadora que manejaba por un desnivel, la cual volcó y el operador quedó atrapado en el interior de la cabina con el resultado de su fallecimiento.

Doña M., en nombre propio y de sus hijos, interpuso demanda contra G. A., S. A. y B. R. C., S. A., solicitando su condena conjunta y solidaria al abono de una indemnización de treinta millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia, apreciando la existencia de falta de jurisdicción, desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando íntegramente la sentencia anterior. Contra esa sentencia, doña M. recurrió en casación, siendo estimado por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

52. La jurisdicción social sólo es competente en cuestiones relativas al contrato de trabajo y no en casos de daños derivados de la actividad laboral.—El recurso de los demandados denuncia en su primer motivo abuso o exceso en el ejercicio de la jurisdicción pretendiendo sustraer el conocimien-

to del asunto de la jurisdicción civil para que sea el orden social el que resuelva la reclamación. En su alegato se citan numerosas sentencias de este Tribunal, así como diversos autos de la Sala de Conflictos, todas ellas en una línea superada en la actualidad por una constante y reiterada jurisprudencia de esta Sala que toma como referencia para determinar la competencia entre uno y otro orden jurisdiccional el ámbito propio del contrato de trabajo y tal circunstancia no concurre en el supuesto enjuiciado, donde lo acontecido fue la producción de un resultado dañoso como consecuencia de un hecho realizado en los quehaceres laborales, lo cual excede de la órbita específica de dicho contrato y remite su conocimiento al orden jurisdiccional civil por el carácter residual y extensivo del mismo, concretado en el artículo 9.2 LOPJ y por el hecho de que la responsabilidad se demanda a través de los artículos 1902 y 1903 CC por culpa extracontractual o aquiliana SSTS 11 de mayo de 2007 y las que en ella se citan), no sin reconocer algunas soluciones contrarias de la Sala de Conflictos—sin valor de jurisprudencia— y de esta misma Sala anteriores a las que se citan.

No se infringen las normas que rigen la hermenéutica contractual al aplicar las normas de seguridad de la empresa ya que no son contratos.—El artículo que se invoca contiene una regla de interpretación de los contratos que atiende a la literalidad de sus cláusulas sin los términos son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, y es evidente que lo que se plantea en el motivo no es la interpretación de ningún contrato sino la errónea valoración de unas disposiciones específicas en materia de seguridad y salud de los trabajadores que no tienen valor de contrato aunque sean de obligado cumplimiento en las explotaciones mineras.

Responsabilidad extracontractual. Concurrencia de culpas.—Es un hecho probado [...] que «sin orden concreta del actor de hacer funcionar el pancer y observando tan solo la luz del casco de aquél puso en acción el pancer de forma harto negligente cuando le estaba prohibido hacerlo al no haber recibido aviso concreto en tal sentido por parte del responsable de la operación» y es evidente que esta puesta en funcionamiento se produce cuando el actor se encontraba sobre el pancer y la máquina parada, tal y como ordenan las denominadas normas internas de seguridad (DIS) para las «operaciones a realizar sobre la máquina»; hechos que permiten establecer las siguientes conclusiones: Primera: no se cumplieron las medidas de seguridad, vigilancia y cuidado, que de haberse adoptado, con absoluta certeza, o al menos con gran probabilidad, habrían podido evitar el accidente. Segunda: hay causalidad física o material, por cuanto las lesiones sufridas por el barrenista se produjeron al ser atrapado por el pancer en movimiento. Tercero: hay causalidad jurídica para atribuir el resultado dañoso pues se creó el riesgo del resultado jurídicamente desaprobado y que era previsible dadas las características de la máquina y la forma de desarrollarse el trabajo en el que el incumplimiento de las medidas de seguridad aparece como causa próxima y adecuada para causarlo, puesto que bastaba con que se hubiera cumplido la norma 6.^a para que el accidente no se hubiera producido, o que la persona que accionaba la botonera hubiera atendido al orden del encargado de la labor, es decir, de la propia víctima, para ponerla en funcionamiento y esta orden no se dio precisamente porque quien debía darla se encontraba trabajando en su radio de acción estando parada. Cuarto: el juicio de reproche subjetivo recae exclusivamente sobre quien accionó la máquina y la empresa minero siderúrgica A, titular de la mina para la que trabajaba y, por consiguiente, quien incurrió en la falta de diligencia consistente en no haber respetado las medi-

das de seguridad desde el momento en que pone en funcionamiento el pancer sin haber recibido indicación alguna al respecto y sin haberse asegurado de la ubicación en la misma del actor. La especialidad de la actividad minera y el peligro que comporta el hecho de que la galería del pozo «no gozaba de más iluminación que la propia y limitada de las lámparas utilizadas por los operarios» y de que «entre el lugar en el que se encontraba el actor y el punto desde el que el codemandado manejaba la botonera del pancer habrá unos dieciocho metros», hace sin duda obsoleta, insegura y sumamente peligrosa la simple expresión «Va», seguida de la puesta en funcionamiento del pancer, sin haber recibido el visto bueno del responsable.

Concurren, por lo tanto, los requisitos de omisión, daño, nexo causal y culpa que conforman la responsabilidad por culpa extracontractual del artículo 1902 CC, si bien exclusivamente en la actuación del trabajador que accionó el pancer y la empresa demandada que interviene en el proceso productivo, bajo cuyo ámbito organizativo desempeñaba su actividad, como responsable de adoptar todas las medidas de vigilancia y control de los riesgos en una prestación laboral evidentemente peligrosa. No es posible por el contrario atribuir a la conducta del lesionado una eficacia causal, ni responsabilizar del daño a los otros dos demandados —director facultativo y vigilante— que ni son empresa que se beneficia del riesgo que la actividad minera crea, ni pueden controlar un hecho aislado de uno de los trabajadores, con más de trece años de antigüedad, en funciones propias de su especialidad, salvo que se prescindiera del principio de culpabilidad característico de nuestro sistema.

Lucro cesante.—Lo que se cuestiona es que la indemnización no contempla una cantidad por lucro cesante que tome como referencia el trabajo estable que desarrollaba antes del accidente y las previsiones estadísticas de esperanza de vida. Sin duda, el resarcimiento tiene por finalidad volver el patrimonio afectado a la disposición en que se encontraría de no haber mediado el incumplimiento (SSTS de 6 de octubre de 1982, 2 de abril de 1997, 19 de noviembre de 2005). Lo que no procura es una ganancia o enriquecimiento al perjudicado y ello se evita a partir de una evaluación basada en la realidad y dotada de cierta consistencia y, en particular, mediante la prueba de que realmente se han dejado de obtener unas ganancias concretas que no han de ser dudosas ni contingentes, como con reiteración ha declarado esta Sala (STS de 14 de julio de 2006 y las que en ella se citan). Y si bien es cierto que, en general, la fijación del *quantum* corresponde a la Sala de instancia (SSTS de 9 junio de 2005, 22 de septiembre de 2006, entre muchas otras), también lo es que esta doctrina tiene excepciones que se encuentran, entre otras, en la revisión de aquellas decisiones que implican arbitrariedad (SSTS de 14 de julio de 2003, 18 de junio de 2001, entre otras), como sucede en este caso en el que la sentencia recurrida niega que exista el perjuicio a partir de criterios generales sobre esta suerte de daños, al margen de una valoración concreta de los hechos que se establecieron de base en la demanda. Lo cierto y evidente es que el actor perdió el empleo que con carácter fijo había desempeñado durante toda su vida laboral y existen razones suficientes para estimar el perjuicio que se le produce por la falta de relación entre las cantidades que ingresa en la actualidad y las que ha dejado de percibir a resultados del accidente, si bien condicionado por el hecho, recogido en la sentencia, de que puede trabajar en otro tipo de actividades remuneradas y que podrán equilibrarla. (STS de 16 de mayo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El actor, barrenista en una mina, reclama daños y perjuicios tras haber sufrido un accidente a resultas del cual fue necesario amputarle una pierna. El Juzgado desestimó la demanda por considerar que la culpa había sido exclusivamente de la víctima pero la Audiencia, con revocación de la sentencia inferior, condenó a la empresa propietaria de la mina y a los encargados de la vigilancia, seguridad y supervisión de los trabajos al abono solidario de determinada suma por entender que se daba una responsabilidad compartida. Recurren en casación tanto el actor como los demandados. El Tribunal Supremo estima los recursos de ambas partes absolviendo de la demanda al director facultativo y al vigilante de la mina. (R. G. S.)

53. Aplicación de los criterios de imputación objetiva a la responsabilidad civil.—Recientemente, diversas sentencias han tomado en cuenta los criterios o pautas de la moderna doctrina de la imputación objetiva, propia del ámbito causal en su aspecto jurídico (v. gr., SSTS de 2 y 5 de enero, 2 y 9 de marzo, 3 de abril, 7 de junio, 22 de julio, 7 y 27 de septiembre y 20 de octubre de 2006). Concretamente, se hace aquí mención de los criterios del fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad y del incremento del riesgo, puesto que se razona que, si la entidad demandada hubiera cumplido la normativa reglamentaria (art. 10.4 del Real Decreto 6291/1978, de 10 de marzo, sobre vigilancia y seguridad), se habría evitado la disponibilidad del arma y el consiguiente incremento del riesgo derivado de la posibilidad de utilización privada de la misma.

Imputación objetiva de la responsabilidad civil. Criterio de la prohibición de regreso.—Se rechaza la aplicación al caso del criterio de imputación objetiva de la prohibición de regreso, ya que la omisión del deber de cuidado por parte de la demandada ha sido de entidad suficiente como para que la actuación del empleado no absorba en exclusiva el desencadenante causal.

Imputación objetiva de la responsabilidad civil. Doctrina de la causalidad adecuada.—Partiendo de la afirmación de que esta doctrina entra dentro de los criterios de imputación objetiva, afirma el Tribunal Supremo que, de acuerdo con la misma, no se puede excluir la responsabilidad cuando, en vista de las circunstancias, un observador experimentado, suficientemente informado, no habría descartado *ex ante*, como extraordinariamente improbable, el resultado producido.

Teoría de la causa eficiente.—De acuerdo con reiterada jurisprudencia (entre otras, SSTS de 24 de mayo de 2004, 26 de mayo de 2005, 9 de febrero y 1 de marzo de 2007), no cabe considerar como no eficiente la causa que, concurriendo junto con otras, condiciona o completa la acción de la causa última.

Relación de causalidad material o fáctica. Teoría de la equivalencia de condiciones.—Afirma el Tribunal Supremo que, para la estimación de la causalidad material o fáctica —primera secuencia causal—, es suficiente con la aplicación de la teoría de la equivalencia de condiciones. Conforme a ésta, es causa el conjunto de condiciones empíricas antecedentes que proporcionan la explicación, conforme con las leyes de la experiencia científica, de que el resultado haya sucedido.

Determinación del *quantum* indemnizatorio. Baremos al uso.—Para el cálculo del *quantum* indemnizatorio, no supone infracción legal alguna la aplicación de un criterio diferente del que ofrecen los baremos al uso, ya que no existe baremo de aplicación preceptiva a casos como el enjuiciado en esta sentencia. En este sentido, los órganos de instancia tienen una función soberana en materia indemnizatoria (SSTS de 29 de septiembre de 2005 y 25 de enero de 2007). (STS de 17 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don G. mató a su antigua pareja e hirió a la hermana de aquélla, con sendos disparos procedentes del arma reglamentaria de que disponía por razón de su trabajo en una empresa de seguridad. Pese a la previsión normativa (art. 10.4 del Real Decreto 6291/1978, de 10 de marzo, sobre vigilancia y seguridad) de que las armas deberán ser entregadas y recogidas por los vigilantes de seguridad al comienzo y fin de su servicio, la empresa no contaba con un armero ni con caja fuerte de seguridad en la que los guardas jurado debieran depositar sus armas al finalizar su jornada laboral, contando los trabajadores, por el contrario, con permiso para llevarlas consigo. Don G. tenía antecedentes de problemas psicológicos y un historial de discusiones y malos tratos con la fallecida.

En el juicio penal que se siguió contra don G., se absolvió a la empresa de seguridad de la pretensión de responsabilidad civil derivada de delito, como responsable subsidiaria, por no concurrir el requisito de dependencia del autor directo con la empresa, ya que la actividad lesiva se desarrolló fuera del lugar de trabajo, al margen de la jornada laboral y por causas y fines puramente personales y ajenos a la empresa.

Posteriormente, la madre de la fallecida y la hermana que había resultado también víctima interpusieron demanda contra la empresa de seguridad en reclamación de una indemnización por responsabilidad civil. La demanda fue estimada parcialmente en primera instancia, concediendo el Juzgado una indemnización algo inferior a la solicitada en la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la empresa de seguridad, la Audiencia provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia de instancia. Según la sentencia dictada en apelación, aunque el autor directo fue don G., para la comisión del crimen utilizó un arma perteneciente a la entidad demandada que ésta no había controlado en relación a su tenencia y disponibilidad. La empresa de seguridad interpuso entonces recurso de casación, alegando, entre otros motivos, la indebida fijación del *quantum* de la indemnización y la inexistencia de relación de causalidad entre su comportamiento y el asesinato cometido y que, en caso de existir tal relación de causalidad, ésta habría quedado interrumpida por la actuación dolosa de don G., en virtud de la teoría de la prohibición de regreso. (A. M. M.)

54. Finalidad del interdicto de obra nueva.—No puede obviarse la finalidad preferentemente cautelar y precautoria del interdicto de obra nueva que, como señala la S de 26 de mayo de 1995, «persigue una defensa posesoria consiguiente a un ataque a la posesión causado por una obra nueva, aun-

que con ello se proteja también la propiedad u otros derechos reales, pero no con base en una reclamación real reivindicación de los mismos». Desde lo expuesto resulta patente que la pretensión indemnizatoria que se insta en los presentes autor, queda fuera del ámbito objetivo del procedimiento interdictal y que, a ese respecto, ninguna eficacia puede desplegar el mismo en el presente declarativo.

Resarcimiento de daños y perjuicios por actuación judicial abusiva.—Es abundante la jurisprudencia que se ha pronunciado sobre la cuestión ahora debatida. Con carácter general, señalaba la S de 5 de junio de 1995, que «la viabilidad de petición del resarcimiento de daños y perjuicios causados por actuaciones judiciales, precisa que la parte que las puso en marcha haya actuado con intención dañosa o al menos con manifiesta negligencia». Y, en un supuesto similar al ahora enjuiciado (reclamación de daños y perjuicios producidos por la suspensión de una obra, a resultas de un procedimiento interdictal previo), señalaba que los mismos «han de reputarse indemnizables en vía de reparación en los casos en que esta acción (la interdictal) resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia o al menos resulte de ella sin asomo de duda». Abundando en lo expuesto, concluye la S de 3 de julio de 1997, que «la evidencia de estarse en presencia de una acción interdictal clara o manifiestamente infundada ha de extraerse necesariamente del contenido de la propia sentencia recaída en el juicio interdictal». Por su parte, la S de 28 de marzo de 1998 se refiere a «el carácter excepcional de esta institución y la exigencia de que en los supuestos en que se estime la existencia de abuso de derecho ha de ser patente la intención de perjudicar o la falta de finalidad seria y legítima en la conducta del sujeto, al lado de la situación objetiva de anormalidad o exceso en el ejercicio del derecho actuado (así, entre otras sentencia recientes, las de 31 de diciembre de 1985, 5 de abril y 9 de octubre de 1986 y 8 de julio y 17 de septiembre de 1987). Pero ello no excluye, sin embargo, que producidos y debidamente acreditados unos daños y perjuicios como consecuencia directa e inmediata del ejercicio de una acción interdictal de obra nueva que resulte ser claramente infundada y así se declare en la sentencia, la parte que ocasionó aquéllos deberá responder de los mismos procediendo a su reparación, por cuanto que la indemnización de daños y perjuicios en el ámbito civil ofrece un carácter reparador y no propiamente punitivo o sancionador». En definitiva, las sentencias que han declarado pertinente la indemnización subsiguiente al interdicto de obra nueva desestimado, han constatado siempre la concurrencia de culpa o negligencia al entablar la acción interdictal (así las SS de 6 de julio de 1990, 15 de diciembre de 1992, 4 de diciembre de 1996 y 31 de octubre de 2002, entre otras). **(STS de 18 de junio de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—La parte actora reclamaba indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la interposición de un interdicto de obra nueva que supuso la paralización de la obra que estaba acometiendo en parcelas de su propiedad. La sentencia que puso fin al interdicto fue desestimatoria por entender que la obra nueva en nada limitaba ni impedía el derecho esgrimido por el actor. Es dato a reseñar el que la actora y el interdictante mantenían una antigua enemistad salpicada de procedimientos judiciales. La sentencia de instancia estimó en parte la demanda pues, reconociendo la exis-

tencia de perjuicio en los bienes de la actora, excluyó algunos de los gastos que ésta consideraba indemnizables. La Audiencia declaró que la demanda interdictal había traspasado los límites de la buena fe y confirmó el importe de la indemnización concedida por el Juzgado. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por el interdictante-demandado. (R. G. S.)

55. Responsabilidad extracontractual. Diligencia exigible.—La diligencia exigible ha de determinarse en principio según la clase de actividad de que se trate y de la que puede y debe esperarse de persona normalmente razonable y sensata perteneciente a la esfera técnica del caso, y la S de 9 de octubre de 1999 afirma que «según reiterada doctrina jurisprudencial es esencial para generar culpa extracontractual, el requisito de previsibilidad en la actividad normal del hombre medio con relación a las circunstancias del momento, no en abstracto, en que no puede estimarse previsible lo que no se manifiesta con constancia de poderlo ser...». Dicha previsibilidad, dentro de los parámetros exigibles al hombre medio, no se daba en el presente caso. El agente, por las razones que fueran, entre las que posiblemente destacaba la de evitar su sustracción, dejó oculta la caja que contenía las botellas de «salfumán» sin que lógicamente estuviera a su alcance. Ha de acreditarse prever que unos menores, ignorando el peligro que ello podía suponer para su integridad física, no sólo accedieran indebidamente y en hora nocturna a la caja del camión sino que, además, destruyeran las botellas que allí se encontraban debidamente cerradas para realizar determinados juegos con la fatal consecuencia que ha dado origen al presente litigio. Ha de acreditarse un mínimo de culpa o negligencia por parte de aquél, que permita imputarle, siquiera sea parcialmente y por su previsibilidad, el resultado, aunque en la relación causal se interfiera decisivamente una conducta ajena que prácticamente absorba la totalidad del nexó constituyéndose en causa prevalente del daño o perjuicio sufrido. En el caso presente, la absoluta falta de previsibilidad del evento anula cualquier atisbo de culpa teniendo en cuenta, además, que son innumerables los elementos de titularidad pública o privada que se encuentran en zonas de acceso público que, indebidamente utilizados, incluso, como aquí ocurre, en perjuicio de su dueño, pueden ser potencialmente peligrosos para quien de tal modo se comporta. En definitiva, se ha de concluir, con la sentencia impugnada, que el demandado no creó con su actuación un riesgo jurídicamente relevante que determinara la asunción de responsabilidad por su parte derivada de cualquier evento dañoso. Y, por ello, no puede considerarse que en el caso se haya vulnerado la conocida doctrina jurisprudencial definidora de la responsabilidad por riesgo creado que comporta, en todo caso, la racional previsibilidad del resultado. (STS de 11 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—a) Don V., actuando como trabajador de la empresa UD S. A., sobre las 23,30 horas del día 3 de septiembre de 1990, aparcó el camión propiedad de esta última, que conducía habitualmente por cuenta de ésta, en un solar no vallado adyacente a la calle Benidorm en la localidad de Denia, con el propósito de dejarlo allí estacionado durante toda la noche; b) En la caja del camión, que estaba descubierta pero que cuidó de mantener con los portones traseros debidamente cerrados, dejó un caja de botellas cerradas y

con sus precintos de fábrica que contenían el producto de limpieza y droguería denominado «salfumán», la cual quedó tapada y en buena medida oculta por un capazo; c) Sobre dicha hora, varios menores, entre los que se encontraba el demandante –hoy recurrente– de diez años de edad, subieron a la caja del camión, inspeccionaron su carga, la bajaron al solar tras abrir el portón trasero del camión y manipularon de forma violenta los envases realizando diversos juegos con las botellas, en el curso de los cuales el demandante, con intención de gastar una broma a otro niño, pisó y reventó una de las botellas de «salfumán» –que se hallaba cerrada– salpicándole en un ojo el líquido corrosivo que contenía, así como en la cara y ropa de su amigo L. M., sufriendo en definitiva el actor las graves lesiones por las que reclama como consecuencia de las cuales ha perdido la visión del ojo derecho. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la acción de responsabilidad civil extracontractual dirigida contra don V. y la mercantil para la que trabajaba. Don V. y la empresa que lo empleaba recurren en apelación y la Audiencia Provincial estima su recurso. La parte demandante interpone recurso de casación. (S. M. S.)

56. Responsabilidad extracontractual. Responsabilidad por la creación de riesgo. Compañías de gas.–Las compañías de gas que se encargan de la implantación del servicio han de emplear una diligencia extrema, requerida por el peligro inherente al medio de energía suministrado, desplazándose a éstas la carga de la prueba de haber obrado con toda la diligencia necesaria. Para la aplicabilidad de la teoría del riesgo a los daños producidos por una conducta humana, es preciso que los mismos sean producidos en una actividad peligrosa, aplicándose esta doctrina no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal con los estándares medios (STS de 29 de octubre de 2004), siendo también muy de tener en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado ha de tener influencia manifiesta desde un punto de vista de regulación (STS de 17 de noviembre de 1998). La doctrina jurisprudencial sobre el riesgo, en línea cuasiobjetiva minoradora del culpabilismo subjetivo, presupone una acción voluntaria que obliga a extremar todas precauciones y con mayor intensidad cuando puede estar en peligro la vida de las personas, lo que obliga a adoptar los medios y medidas de seguridad disponibles, entre las que cabe incluir las que suponen efectiva actividad material, como las de vigilancia, control y mantenimiento, a fin de evitar que se transforme en daño efectivo lo que consta como peligro potencial cierto, por resultar entonces adecuada aplicación del artículo 1902 CC, con la consecuente inversión de la carga de la prueba, en razón a actividades que notoriamente son peligrosas, como así sucede por el uso doméstico del gas (*vid.* SSTS de 13 de diciembre de 1990, 5 de diciembre de 1991, 20 de enero, 11 de febrero, 25 de febrero, 8 de abril y 22 de septiembre de 1992, 10 de marzo y 9 de julio de 1994 y 8 de octubre de 1996 y 30 de julio de 1998).

Responsabilidad por los daños al consumidor derivados de la utilización de servicios. Servicios de gas.–En el ámbito de la Ley 26/1984 y en su capítulo de garantías y responsabilidades, de acusada, aunque no absoluta, objetivación del deber indemnizatorio que regula cuando se quebrantan sus

previsiones, se encuentra el artículo 25, que otorga al consumidor o usuario del derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios probados y derivados del consumo o utilización de productos o servicios con la salvedad de que tales consecuencias sean causadas por su culpa exclusiva o la de las personas por las que deba responder civilmente, de forma que del total perjuicio, sin posibilidades de compensación, ha de responder el suministrador del servicio en cuyo manejo haya tenido lugar la contingencia siempre que ésta no se deba a culpa exclusiva del perjudicado, aunque el comportamiento de este haya tenido cierta incidencia en la producción, y esta declaración se enlaza con la excluyente de tal responsabilidad del suministrador en el artículo 26 cuando 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 aportados o prestados, en cuyo caso la responsabilidad había de ser soportada por el propio perjudicado si alguna negligencia hubo en su hacer o si lo fortuito o la fuerza mayor hubieran sido el origen del daño; culminando en el artículo 28, que descarga esa responsabilidad en el suministrador cuando el daño se origine pese al correcto uso del servicio y cuando se hayan desatendido las medidas de seguridad y las de controles técnicos que garanticen las condiciones con que, en ese orden preventivo, ha de llegar el servicio al usuario, precisando que los de gas están, entre otros, sometidos a ese régimen precautorio (STS de 25 de octubre de 2000).

Responsabilidad de la suministradora por la actuación de la instaladora. Culpa in eligendo e in vigilando.—La suministradora debe responder de la actuación de la instaladora en sentido amplio, conforme al artículo 1903 CC, en virtud de *culpa in eligendo* y de *culpa in vigilando*, al obligarse no sólo por los actos propios sino por las de aquellas personas de las que se debe responder, por la deficiente o incompleta instalación realizada y las facultades que tienen atribuidas en relación a la vigilancia de la seguridad de la instalación, y no basta para eliminar tal responsabilidad con que eventualmente se observen las prescripciones reglamentarias administrativas, con el simple cumplimiento de prevenciones legales y reglamentarias, si se revelan insuficientes para evitar el daño, por lo que se exige agotar la «diligencia necesaria» (STS de 29 de octubre de 2004). La suministradora estaba obligada a una eficaz vigilancia de la corrección de la instalación, y no efectuó la misma de modo eficaz, ni con toda la diligencia exigible, siendo así que el suministrador debía llegar al consumidor en condiciones de seguridad, después de efectuados controles técnicos de calidad. Tanto la empresa instaladora como la suministradora debían haber actuado con toda prudencia, diligencia y extrema atención para evitar la causación de daños y perjuicios, lo que presupone la adopción desde el principio de las garantías y medios precisos y eficaces para prever y eludir situaciones como las que es objeto del pleito y que bien pudo evitarse. (STS de 30 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La suministradora N. realizó a la comunidad de propietarios del domicilio de doña C. una oferta de prestación de servicio de gas natural incluyendo la instalación de gas en el edificio y la interior de las viviendas. Varios vecinos decidieron aceptar la oferta, y a tal efecto doña C. firmó el contrato con la empresa instaladora U. para la realización, por encargo de N., de la instalación interior de gas de su vivienda. Una vez efectuada la instalación, U. emitió certificado de la misma, omitiendo que no se había

producido la adaptación del uso de gas butano al de gas natural mediante la transformación de los quemadores del aparato de cocina y del calentador. N. realizó la inspección de la instalación sin que tampoco aparezca indicado estar pendientes de adaptación los quemadores y sí en cambio la declaración de que la instalación quedaba *en disposición de servicio*. Con posterioridad, la empresa Z., subcontratada por U., efectuó la transformación de la cocina y calentador a gas natural, pero no haciéndose trabajo sobre el calentador.

La existencia de un defecto en la instalación interior provocó una mala combustión en los quemadores de los aparatos, lo que originó una inhalación de gas por doña C., resultando intoxicada por monóxido de carbono y generándosele una serie de lesiones y trastornos psíquicos.

Doña C. interpuso demanda contra N. y U., solicitando la condena de éstos como responsables directos solidarios al resarcimiento de los daños sufridos, en la cuantía de veinticinco millones de pesetas. Posteriormente desistió de la acción frente a U., continuándose el procedimiento únicamente contra N.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, condenando a N. al pago de dos millones de pesetas e intereses legales. Interpuesto recurso de apelación por doña C. y S. (sociedad absorbente de N.), la Audiencia Provincial estimó el recurso de S. y desestimó el de doña C., revocando la anterior sentencia y desestimando la demanda. Contra esa sentencia, doña C. recurrió en casación, siendo estimado el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—La sentencia anotada hace reiteradas menciones a la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (arts. 25 a 29), vigente en el momento de los hechos (con posterioridad serían de aplicación específica los preceptos de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos). Actualmente las referencias deberían entenderse hechas al Texto Refundido de la Ley de consumidores, aprobado por Real Decreto legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y específicamente a su normativa referente a la responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos (Libro tercero, arts. 128 a 149) (*F. J. J. M.*)

57. Culpa extracontractual: responsabilidad por riesgo: doctrina general.—El motivo del recurso se funda en la infracción de los artículos 1902 y 1903 CC y de la jurisprudencia que aplica soluciones cuasi-objetivas a la responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas, limitándose a extraer el contenido de una serie de sentencias de los años 80 y 90 sobre las tendencias objetivadoras en el tratamiento de la responsabilidad civil, especialmente mediante la inversión de la carga de la prueba, de suerte que existiendo un riesgo en el actuar de los propietarios de la piscina, el propio riesgo, haciendo abstracción del factor psicológico de la posible culpa del gente, bastaría para justificar la casación de la sentencia impugnada. El motivo ha de ser desestimado ya que, amén de extractarse, del contenido de las sentencias citadas, consideraciones generales sobre aquellas tendencias objetivado-

ras pero sin justificar su aplicación a casos que guarden alguna relación con el litigioso, la parte recurrente va mucho más allá de lo que tales sentencias declaran y, en suma, pretende que el riesgo puede ser por sí sólo, al margen de cualquier otro factor, fuente única de la responsabilidad establecida en los artículos 1902 y 1903 CC, algo que la jurisprudencia de esta Sala no sólo nunca ha llegado a afirmar sino que incluso ha negado expresamente, porque supondría tanto como pasar de las «tendencias objetivadoras» a la responsabilidad puramente objetiva, propia de regímenes especiales de responsabilidad civil, pero no del régimen general establecido en las normas de que se trata (así SSTs de 6 de abril de 2000, 31 de diciembre de 2003, 4 de julio y 6 de septiembre de 2005 y 26 de septiembre de 2006).

Doctrina general sobre responsabilidad por daños a las personas causados en piscinas.—La jurisprudencia de esta Sala viene declarando que para apreciar responsabilidad en los casos de daños personales con ocasión de bañarse en una piscina, es preciso o bien que los vigilantes no se hallen en el lugar del accidente (STS de 14 de junio de 1984) o que no exista personal adecuado de vigilancia (STS de 23 de noviembre de 1982) o que el propietario de la piscina no haya cumplido las exigencias administrativas que determinan la autorización de la apertura (STS de 10 de abril de 1988) o que se creen riesgos que agraven los inherentes al uso de una piscina (STS de 23 de febrero de 1995) o cualquier otro análogo que permita fundar el reproche culpabilístico (STS de 2 de septiembre de 1997, cuya doctrina se reproduce en STS de 14 de noviembre de 2002). Pero la presencia de alguno de estos factores tendrá que ponerse en relación con todas las demás circunstancias concurrentes (capacidad de discernimiento de la víctima, conocimiento de la condiciones de la piscina, actuación de la propia víctima), así como la circunstancia de que el puesto de vigilante desde un punto obligado es el propio del baño de las playas, por el contrario es insólito y fuera de todo uso en las piscinas por razón de lo reducido de superficie de agua, así como lo que la doctrina ha denominado competencia de la víctima (STS de 6 de septiembre de 2005).

Ahogamiento de persona de cuarenta años, que no sabe nadar, usuario habitual de la piscina, al penetrar en zona profunda señalizada: culpa exclusiva de la víctima.—Pese a la momentánea falta de presencia de los dos socorristas en el puesto elevado de vigilancia, estando probado que un socorrista atendía en ese momento a un lesionado en dependencia aneja y próxima a la piscina, acudiendo de forma inmediata a prestar ayuda a la víctima, y que ésta, un varón de cuarenta años de edad, había sido usuario habitual de la piscina a lo largo del año y conocedor de sus características, de sus diversas zonas y del concreto punto en que se iniciaba el desnivel; que la señalización de éste era más que suficiente, y que la víctima que no sabía nadar estaba acompañado de dos amigos, todo lo cual conduce a considerar que el hecho dañoso se produjo dentro del ámbito de competencia de la misma víctima, por una conducta ciertamente poco explicable pero cuyas consecuencias no cabe poner a cargo de la comunidad demandada propietaria de la piscina, teniendo en cuenta, además, que se declara probado que la piscina se adecuó a las normas administrativas vigentes al tiempo de su construcción. **(STS de 6 de junio de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

NOTA.—Los daños a las personas causados en las piscinas constituyen uno de los sectores *sensibles* en la jurisprudencia de la Sala I.^a, la cual se ha esforzado, desde los años 80 del siglo pasado, por elaborar un cuerpo de doctrina jurisprudencial coherente y lo

más ampliamente comprensiva. La sentencia extractada trata de fijar el umbral mínimo de la responsabilidad bajo el concepto de *competencia de la víctima*. Ésta, aunque no pertenecía a la comunidad de propietarios, era aceptada en sus instalaciones y en su calidad de usuario habitual debía conocer razonablemente la zona de peligro en la que, inexplicablemente, se adentró; no era un menor escasamente consciente del riesgo, ni un joven que desafía cualquier peligro, sino un hombre maduro que debía ser consciente de las precauciones a adoptar cuando se ignora el arte de la natación. En el FD 3.º se denuncia con acierto la falta de fundamentación del motivo que se apoya en las *declaraciones generales* de la jurisprudencia, muy frecuente en los años 80 y 90, e, incluso –añadido– actualmente, sobre la evolución jurisprudencial hacia una cuasiobjetivación de la responsabilidad civil. Acaso ha llegado el momento de prescindir de tales *latiguillos jurisprudenciales* que muchas veces no trascienden al fallo, y emplearlos exclusivamente cuando así suceda. Hace poco he podido constatar que: «es habitual encontrar un Fundamento de Derecho típico que los ponentes de la Sala 1.ª utilizan con no poca frecuencia *ad libitum*, venga o no a cuenta en relación con la *ratio decidendi del fallo*» (García Cantero «Relectura del art. 1902 del Cc visto desde el siglo XXI», en AC, núm. 4, 2.ª quincena febrero 2007, pp. 363). (G. G. C.)

58. Teoría del riesgo. No se aplica: regentar un supermercado abierto al público no se considera en sí misma una actividad generadora de riesgo.—Si el accidente ocurre y éste causa un daño, surgirá, ciertamente, la responsabilidad de las personas que tenían la obligación de proporcionar a los usuarios del supermercado las debidas condiciones de seguridad, acreditando el demandante la omisión de diligencia exigible por parte de los responsables del establecimiento cuyo empleo hubiese evitado el daño, acorde con las circunstancias de las personas, tiempo y lugar, según previene el artículo 1104 CC, teniendo en cuenta que el hecho de regentar un negocio abierto al público, no puede considerarse en sí mismo una actividad creadora de riesgo, tanto dentro como fuera del mismo, y que, aunque así fuera, la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (SSTS de 11 de septiembre de 2006, 22 de febrero de 2007), como tampoco acepta una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva ni la inversión de la carga de la prueba, limitada en la actualidad a supuestos legalmente tasados (art. 217.6 LEC). Los hechos declarados probados en la sentencia son claros para descartar que los materiales empleados no fueran adecuados o que la suciedad fuera causalmente relevante para propiciar la caída y estos aspectos fácticos no pueden ser revisados en casación, por lo que no puede aceptarse lo argumentado en el motivo. Con reiteración esta Sala ha declarado que en los litigios sobre responsabilidad civil por culpa extracontractual cabe discutir en casación el juicio del tribunal de instancia sobre el criterio de imputación subjetiva de los daños al causante de los mismos y sobre los aspectos de la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño que exigen una valoración jurídica, cifrados en la llamada imputación causal, pero no la determinación objetiva de los hechos sobre la existencia o inexistencia del daño y sobre la naturaleza

y circunstancias de la acción u omisión (STS de 22 de febrero de 2007 y las que en ella se citan).

Normativa protectora de consumidores relativa a riesgos derivados de los productos: no es aplicable.—Aunque la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios reconoce como derechos básicos de consumidores y usuarios «la protección contra los riesgos que puedan afectar su salud o seguridad», no es aplicable al supuesto. El riesgo de sufrir una caída no proviene de la utilización de los productos o servicios puestos en el mercado a través de una actividad propia sino a condiciones normales y previsibles de utilización, como es el tránsito por una zona al aire libre, mojada por efecto de la lluvia y con material constructivo exigido y adecuado para el usuario. (STS de 30 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.— Don E. reclamó de las entidades demandadas *Supermercado M., S. A.* y *Seguros W., S. A.*, el importe de 14.171.818 pesetas, en que cuantifica los daños y perjuicios derivados de lesiones y secuelas sufridas al caer cuando salía de uno de los Supermercados de la entidad *M., S. A.* después de haber realizado unas compras. El actor imputa a la entidad demandada lo siguiente:

a) El pavimento del lugar en que se produjo era muy deslizante, e implícitamente inadecuado para un lugar de entrada y salida de un supermercado.

b) Existía suciedad acumulada convirtiendo el lugar en un barrizal, con defectuosos desagües, de modo que la entidad demandada debió quitar el agua o limpiarlo.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, rechazando ambos criterios de imputación. Y la Audiencia Provincial confirma el fallo del Juzgado. El demandante interpone recurso de casación. (*S. M. S.*)

59. Responsabilidad extracontractual por accidente en una suelta de vaquillas. Exclusión de la consideración de encierro.—No puede considerarse el festival de autos como un «encierro», en el sentido legal y usual del término o de la palabra, en primer lugar, porque en ningún momento, en toda la documentación del expediente administrativo y en los avisos al público (bando municipal, etc.), se alude a tal término, pues el utilizado, con diversas acepciones («corrida de vaquillas», «suelta de vaquillas», «toreo de vaquillas», como asunto propio del festival) dista mucho de lo que es conocido por «encierro».

Asunción del riesgo por parte de la víctima.—Existe una numerosa jurisprudencia en el sentido de la aquí recurrida, en la que, partiendo de la «voluntaria aceptación del riesgo» (en los festejos taurinos, en general, para los participantes), o en la «culpa exclusiva de la víctima», más en particular, en los casos en que ésta se dé, se exonera de responsabilidad al patrocinador-organizador que cumpla con las normas precautorias de seguridad, establecidas reglamentariamente, no dándose, pues, su culpa por los daños que se causen: SS de 13 de febrero, 3 de abril, 18 de junio y 17 de octubre de 1997, y 24 de octubre de 2000. (STS de 15 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—El demandante intervino en un festejo popular consistente en toreo de vaquillas y fue embestido en una plaza pública por un animal, que le causó unas lesiones. El lesionado demandó al Ayuntamiento de Pozuelo (Albacete) y a la compañía aseguradora reclamando una indemnización por los daños sufridos.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda al considerar que había culpa exclusiva de la víctima, que había asumido el riesgo inherente a la participación en el festejo. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación al dejar sin efecto el pronunciamiento relativo a la condena en costas. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

60. Responsabilidad extracontractual por accidente en un encierro y suelta de vaquillas. Asunción del riesgo por parte de la víctima.—Este motivo no puede aceptarse. El recurrente pretende que se aplique el principio de la responsabilidad objetiva a un accidente ocasionado por un cabestro en un encierro de reses bravas, en el que participaba y ello en base a dos sentencias de esta Sala, las de 30 de abril de 1984 y 17 de septiembre de 1998. En un caso semejante, la S de 10 de febrero de 2006 afirma que «la doctrina jurisprudencia dictada para casos similares no permite acoger la tesis del recurso» y respecto de dos de las sentencias citadas como infringidas en aquel recurso y también en el que ahora se examina, afirma que no pueden servir de base para el recurso porque: «a) En cuanto a la de 30 de abril de 1984 que se refiere a un caso de embestida a una persona que salía de su casa por una res que no había sido debidamente encerrada en el recinto correspondiente una vez concluido el encierro; [...], y d) La de 17 de septiembre de 1998 se refiere a un caso exactamente igual al que se juzga —suelta de un toro por las calles de la parte antigua de la localidad—, pero que en cualquier caso se trata de una sola sentencia, y su doctrina no es la general que se mantiene». Porque, sigue diciendo la citada S de 20 de febrero de 2006, «En cambio, en sentido contrario a la argumentación del recurrente, cabe invocar numerosas resoluciones de esta Sala, que, en casos idénticos o similares, aplican el criterio de la “culpa exclusiva” por asunción del propio riesgo creado. En tal sentido SS de 13 de febrero, 3 de abril y 18 de junio de 1997 (todas ellas relativas a un participante como corredor), 25 de septiembre de 1998 (situado en una suelta de vaquillas en un lugar no permitido), 8 de noviembre de 2000 (se produjo la cornada en el corrillo de la plaza, no en el callejón, cuando el cogido por la res participaba activamente en el espectáculo) y 14 de abril de 2003 (participante activo en el encierro de vaquillas)». A esta sentencia y las que cita, debe añadirse la de 7 de junio de 2006.

Lo anterior sería suficiente para rechazar este motivo del recurso, puesto que no se ha infringido la jurisprudencia de esta Sala, como pretende el recurrente; pero a ello hay que añadir, además, que la sentencia recurrida determina claramente que la causa de los daños sufridos por el recurrente se debió a su propia acción, de manera que «no aparece acreditado la relación de causalidad imprescindible para montar la exacción de responsabilidad basada en el suceso ocurrido», de manera que don Daniel asumió el riesgo inherente a la participación en el festejo, consecuencia del cual sufrió las lesiones por las que reclama. (**STS de 20 de marzo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El demandante intervino en un encierro y suelta de vaquillas con torero en recinto delimitado. Cuando las reses bravas se habían introducido en la plaza, fue sorprendido por un cabestro que le embistió, causándole unas lesiones. El lesionado demandó a los organizadores del festejo, al Ayuntamiento de Navas de San Juan y a la compañía aseguradora reclamando una indemnización por los daños sufridos.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, al haber asumido la víctima el riesgo inherente a la participación en el festejo. (M. C. B.)

61. *Condictio indebiti*: requisitos.—La *condictio indebiti* exige siempre un aumento patrimonial que traiga su fundamento en un proyecto jurídico-obligatorio, es decir, en una actividad o comportamiento realizado con la finalidad de ejecutar un plan jurídico-obligatorio, un acto con función solutoria que además se haya producido con error del *solvens*; el Código civil por razón del peso de la tradición y del arrastre de concepciones doctrinales que han influido en su redacción, se basa en una concepción estricta, y los preceptos contenidos en los artículos 1895 y ss. exigen expresamente dicho requisito. Existe una concepción más amplia de la *condictio* para comprender una idea más laxa de prestación o para aproximar las soluciones que se dan en el tema de este cuasicontrato de cobro de lo indebido a los supuestos de pagos indebidos sin error, en cuanto no estén cubiertos por las reglas restitutorias dictadas en materia contractual para las hipótesis de nulidad, resolución o rescisión, pero en todo caso el punto de partida se ha de encontrar en una entrega efectuada *solvendi animo* (así SSTS de 12 de abril de 1989, 20 de octubre de 1993, y 20 de julio de 1998, entre otras).

Culpa extracontractual: responsabilidad civil por la comisión por otros de un ilícito.—En realidad no hay cobro de lo indebido sino responsabilidad civil por parte de las dos entidades litigantes en la causación del daño. En efecto, aquí no se produce una entrega *solvendi animo* pues la transferencia que realiza el Banco de CL a una cuenta de que era titular una Sociedad de Valores no obedece a una relación o proyecto jurídico-obligatorio entre estas entidades, ni se verifica en función de pago, sino a una falsa orden supuestamente emitida por el Ayuntamiento de M. que cumple el Banco por creer que la orden es legítima; todo ello tiene su causa en la acción organizada y planificada de terceros, que han resultado imposibles de determinar, es decir, de una entrega inducida a través de una acción ilícita.

Conducta negligente de la entidad financiera que recibe y entrega los fondos.—La gestión y el comportamiento de la entidad financiera interviniente no puede tenerse por ajustada a los cánones de diligencia y de pericia que se han de esperar de un agente profesional en el mercado de capitales y de servicios financieros. En efecto, la falta de comprobación del verdadero destinatario y del titular de los fondos ingresados en una cuenta que, siendo de provisiones, no deja de estar bajo la titularidad y el control de la sociedad de valores, por razón de la creencia, que tiene por única base una comunicación telefónica, sobre la inminencia del ingreso y la fijación de su importe, unidos a la orden verbal, por vía telefónica, de entrega en metálico de la importante suma de 232 millones de pesetas, no parecen seguir los estándares de conducta de un ordenado comerciante ni los de un comportamiento según los

usos del tráfico y las reglas de la buena fe que exigen los artículos 2 y 57 CCO, 7.1 y 1258 CC.

Conducta negligente del Banco que remite los fondos.—En el origen de la entrega interviene una conducta del Banco que tampoco se ajusta a los cánones anteriormente indicados, y se presenta como desordenada y negligente, en cuanto ni advierte a su cliente que se están produciendo comunicaciones extrañas, ni repara en el distinto formato de la orden de transferencia, ni comunica de inmediato, dada la importante cifra de fondos a que afecta, lo que está ocurriendo, ni busca una confirmación expresa de la operación.

Concurrencia de culpas.—Hay culpa concurrente por parte de las dos entidades litigantes en la causación del daño, lo que ha de conducir a una moderación de la responsabilidad, conforme a lo que se ha decidido en otras resoluciones (SSTS de 22 de abril de 1987, 30 de junio y 19 de diciembre de 1995, 23 de febrero, 9 de julio y 12 de noviembre de 1996, 31 de diciembre de 1997, 16 de febrero, 9 y 30 de julio y 7 de octubre de 1998, 12 de julio de 1999, 26 de junio y 17 de octubre de 2001, 23 de enero y 25 de abril de 2004, entre otras) pues ambas entidades han contribuido con sus respectivas culpas a la generación del daño, y es justo que quede a cargo de ambas, por mitad, el daño. (**STS de 14 de junio de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penades.]

NOTA.—Dada la importancia de la suma a que afecta inicialmente el pleito (432 millones de pts.), la personalidad de los litigantes (el Ayuntamiento de una conocida capital de provincia, un Banco de categoría media, y una prestigiosa entidad financiera catalana), así como por las circunstancias extrañas y casi novelescas que concurren en el hecho (en el transfondo de los hechos hay una bien urdida estafa, que, al parecer, ha quedado impune), puede considerarse como uno de los casos civiles más llamativos resueltos por la Sala 1.^a a lo largo del año 2007. Junto a los protagonistas aparecen algunos personajes secundarios cuya actuación queda en la penumbra aunque se niega que fueran cómplices, igual que su relación con los beneficiarios efectivos de la estafa, cuya identidad se desconoce por ahora.

Los hechos, en síntesis, son que el 29 de junio de 1990 el Banco de CLE recibe una orden, que luego resultó falsa, de su cliente el Ayuntamiento de M, para transferir 462 millones de pesetas a una cuenta de la sucursal de aquél en Barcelona, cuyo titular era una entidad financiera; ésta creyó que la citada suma constituía la provisión de fondos anunciada por unos clientes con los que tres días antes había firmado un contrato de servicios patrimoniales y de ejecución de operaciones. El 2 de julio de 1990 el intermediario representante de aquéllos dio orden verbal de transferir 232 millones de pesetas a su cuenta en un Banco de Madrid, y el dinero en metálico fue transportado a través de la empresa ESABE al domicilio de una entidad privada; el 5 de junio de 1990 se dio otra orden verbal para transferir 230 millones de pesetas al mismo domicilio, lo que no se efectuó por sospecharse irregularidades. Se detuvo a los intermediarios, pero, al parecer, fueron meros instrumentos de la estafa, sin poderse hallar a los estafadores ni recuperarse el dinero. El Juzgado de Primera Instancia condenó a la entidad financiera de Barcelona a reintegrar al Banco de CLE la suma de 232 millones de pesetas más determinados intereses. La Audiencia Provincial estimó parcialmente la apelación,

difiriendo en materia de intereses. El recurso de casación se interpone por el Ayuntamiento y el Banco CLE, siendo estimado parcialmente y alterando el fundamento de la condena que establece.

Es notable el esfuerzo argumentativo para prescindir de la *condictio indebiti* como fundamento del fallo parcialmente estimatorio (en la doctrina, sobre el pago indebido sin error, cfr. Lacruz *et alri*, *Elementos*, II-2.º, 3.ª ed., Madrid, 2005, pp. 403 y ss.). En este caso no hay, en realidad, ningún *indebitum* sino involuntaria cooperación a un sagaz plan delictivo de terceras personas. Adviértase que el Tribunal Supremo pasa de puntillas sobre este último aspecto, respecto del cual no hay apenas datos en los autos (¿se abrieron diligencias penales? ¿se inició un sumario? en su caso ¿cómo concluyó éste?), y entra a fondo sobre el tema básico, a saber, quién ha de sufrir la pérdida de los 232 millones, en cierto modo «evaporados» inexplicablemente. Parece claro que se ha optado por una solución equitativa, digna de aplauso, que ha dejado indemne al Ayuntamiento, verdadero «convivado de piedra» de este drama. (G. G. C.)

62. Responsabilidad extracontractual. Evolución jurisprudencial.—Se ha producido una evolución jurisprudencial hacia soluciones objetivadoras de la responsabilidad extracontractual, si bien ello se ha realizado moderadamente, recomendando la inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor en la diligencia requerida, de acuerdo con las circunstancias del caso, sin erigir el riesgo en fundamento único de la obligación de resarcir (en tal sentido, entre otras, la STS de 18 de julio de 2006).

Compensación de culpas del agente y de la víctima. Moderación de la responsabilidad del primero.—Por virtud de la compensación de culpas, cuando concurren la culpa del agente y la del perjudicado o víctima, los Tribunales deben moderar la responsabilidad del primero y reducir en proporción su deber de indemnización, repartiendo el daño con el perjudicado (aparte de otras, SSTS de 7 de junio de 1991, 24 de diciembre de 1992 y 29 de julio de 2003). No se excluyen de responsabilidad las conductas de los que contribuyen a la producción del riesgo, salvo que se declare la íntegra y total atribuibilidad a la víctima (SSTS de 27 de mayo y 4 de octubre de 1982, 31 de enero, 2 de abril y 17 de julio de 1986 y 3 de octubre de 1992, entre otras). (STS de 30 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Don A. solicitó de la compañía suministradora eléctrica U. el desvío del cableado eléctrico que discurría por delante de la fachada de su casa, en los siguientes términos «Solicita desvío RETA, que le pasa por delante de una ventana de la vivienda; cable desnudo. Situación peligrosa». U. encargó a la entidad M. el desvío de la línea eléctrica, realizando un empleado de esta última una propuesta de trabajo en la que hizo constar: «Es necesario y urge el desvío por estar los conductores en situación muy peligrosa (a menos de 1 metro de las ventanas) e impedir la protección estando actualmente desnudos». En concreto, entre los cables y la fachada de la casa había menos de un metro de distancia, infringiéndose así por la Norma Complementaria del Reglamento Electrotécnico para baja tensión denominada Instrucción MIE BT 003, e igual-

mente la Instrucción MIE BT 002 en lo relativo al estado en el que se encontraban los cables, desnudos y carentes de protección. Con la intención de remozar y pintar la fachada de su casa, de la que era consciente U., don A procedió a colocar un andamio por delante de la fachada, lo que ocasionó que al estar encima del andamio recibiese una descarga que le causó lesiones y secuelas.

Don A. interpuso demanda contra U., solicitando se condenara a ésta a indemnizarle por las lesiones y secuelas sufridas a consecuencia de la descarga eléctrica.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando a U. a pagar a don A. la cantidad de 2.310.181 pesetas Interpuestos sendos recursos de apelación por don A. y U., la Audiencia Provincial desestimó ambos, confirmando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, don A. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

63. Responsabilidad civil. Concurrencia de culpas.—Cuando en la producción del daño concurren varias causas, el Tribunal Supremo tiene declarado que ha de acompasarse la cuantía de la responsabilidad al grado y la naturaleza de la culpabilidad (SSTS de 7 de octubre de 1995 y 5 de octubre de 2006). Por este motivo, si no concurre en el caso una culpa exclusiva de la víctima, sino que ésta es compartida con el agente, debe distribuirse proporcionalmente el *quantum* entre la víctima y el agente (SSTS de 12 de julio y 23 de septiembre de 1989). Esta moderación de responsabilidades, que se recoge en el artículo 1103 CC, es una facultad discrecional del juzgador de instancia que depende de las circunstancias del caso y que no es revisable en casación.

Valoración de los daños morales.—La jurisprudencia más reciente (*v. gr.*, SSTS de 11 de noviembre de 2005 y 10 de febrero de 2006) ha rectificado sus criterios iniciales y ha aceptado que pueden resultar orientativos para la fijación del daño moral, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso, los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en la valoración de daños corporales, y en especial el que rige respecto de los daños de este tipo que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor.

Incremento del estándar de diligencia exigido en el supuesto de creación de riesgos extraordinarios. Carga de la prueba.—Según el Tribunal Supremo, la creación de riesgos extraordinarios determina la exigencia de un estándar de diligencia elevado, así como la carga de demostrar el cumplimiento de dicha diligencia más allá de los niveles exigidos reglamentariamente. Esto no supone una inversión de la carga de la prueba, sino la aplicación a estos casos de la regla según la cual, al resolver sobre las consecuencias de la falta de prueba, debe tenerse en cuenta la mayor facilidad probatoria que pueda haber tenido una de las partes respecto de los hechos (STS de 26 de junio de 2006). (**STS de 17 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Un trabajador que manipulaba un vagón de tren de mercancías para proceder a la descarga de su contenido introdujo la cabeza entre las compuertas del vagón, que se cerraron en aquel momento, produciéndole la muerte por aplastamiento. El cierre de las compuertas fue accionado por otro trabajador desde cuyo pue-

to no se veía la entrada al vagón y que avisó a gritos de que ponía en marcha el mecanismo. No existía otro sistema de aviso del cierre de las compuertas, ni mecanismos de seguridad para evitar accidentes como el que se produjo, pese al peligro que suponía el mecanismo de cierre, dado el elevado peso de las puertas y su caída para cerrar herméticamente el vagón. La empresa encargada de la descarga de los vagones ni siquiera había previsto que otros empleados vigilaran la bajada de las compuertas o que los trabajadores encargados de accionar el mecanismo de cierre se situaran en lugares en que pudieran verlas. Ahora bien, los trabajadores conocían el riesgo de realizar actuaciones como la que llevó a cabo el trabajador fallecido y tenían órdenes expresas de no situarse debajo de las tolvas en el momento de cierre de las compuertas.

La viuda del trabajador interpuso demanda de responsabilidad civil contra la empresa para la que trabajaba su marido, la compañía ferroviaria y el trabajador que accionó el cierre de las compuertas. La demanda fue estimada en primera instancia, condenándose a las dos empresas al pago de algo más de la mitad de la indemnización solicitada, y absolviéndose al trabajador codemandado de todos los pedimentos. Interpuesto recurso de apelación por ambas empresas, la Audiencia provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia apelada. A pesar de que se apreciaba una concurrencia de culpas respecto de la propia intervención de la víctima en el accidente, se declaró que existía una falta de adopción de medidas de vigilancia y control imputable a las empresas condenadas. La empresa para la que trabajaba el fallecido planteó entonces recurso de casación. (A. M. M.)

64. Cómputo del plazo de prescripción de la acción para exigir la responsabilidad extracontractual: *dies a quo*.—La cuestión se centra en el *dies a quo*, esto es, si hay que contar desde que se produjo el hecho lesivo del que traen causa todos los daños, o si el día inicial ha de fijarse en aquel en que es posible ya reclamar, por haberse producido el daño que es consecuencia del primero. El artículo 1969 CC señala que se empezará el cómputo en el día en que las acciones pudieran ejercitarse cuando no haya disposición especial que otra cosa determine. Tal disposición especial ha de encontrarse en el artículo 1968.2.º CC al indicarse «desde que lo supo el agraviado» (SS de 3 de noviembre de 1992, 19 de noviembre de 1996, etc.). Este necesario conocimiento, como ha dicho la S de 14 de octubre de 1991, ha de relacionarse con la posibilidad efectiva de ejercitar la acción, de tal manera que la noticia directa de los hechos de que deriva la responsabilidad ha de conjugarse con el poder de hacer posible su viabilidad, y ello es coherente con la llamada teoría de la realización, según la cual el nacimiento de la acción se produce cuando pueda ser realizado el derecho que con ella se actúa (SS de 26 de noviembre de 1943, 22 de diciembre de 1945, 29 de enero de 1952, 25 de enero de 1962, 19 de mayo de 1965, 10 de octubre de 1977, 29 de enero de 1982, etc.). Ha de esperarse al resultado definitivo, como señalan las SS de 15 de marzo de 1993, 11 de febrero de 2003, 4 de julio de 1998 y 7 de abril de 1997, entre otras, cuando se trata de daños de producción sucesiva. En todo caso, como han señalado las SS de 22 de marzo de 1985 y 30 de noviembre de 1996, se trata de una cuestión de hecho,

se han de aplicar las reglas de la sana crítica (SS de 26 de septiembre de 1994, 3 de septiembre de 1996 y 12 de mayo de 1997, entre otras) y, finalmente, ha de darse a la cuestión de la prescripción un tratamiento restrictivo, en perjuicio de quien la alega, pues se trata de una cuestión de seguridad y no de estricta justicia (SS de 7 de mayo de 1994, 25 de abril de 2000, 27 de marzo de 2003, etc.).

La prescripción ha de empezar a correr desde que la acción puede ejercitarse, y el ejercicio de la acción es posible desde que tiene el agraviado noticia de los daños, siempre que se mantenga la relación causal entre el hecho generador de los daños y la consecuencia dañosa, lo que en el caso es claro, pues producido el derribo se causan graves daños en el edificio en que radica el establecimiento y se está discutiendo la reparación cuando, años más tarde, se resuelve la franquicia por razón del estado del edificio.

Responsabilidad del promotor en cuanto agente de la edificación.—Sabiendo es que el promotor ha sido considerado «agente de la edificación» por la jurisprudencia, que lo ha situado en la posición en que ahora consagra la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (art. 9 y concordantes) y lo ha equiparado al constructor a efectos de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC (SS de 29 de junio de 1987, 20 de junio de 1985, 19 de junio de 1990, 1 de junio de 1992, 21 de marzo de 1996, etc.), considerando que corresponde al promotor el impulso y la coordinación de la edificación (SS de 21 de junio de 1999, 30 de septiembre de 1991, 8 de octubre de 1990, entre otras) y que su tratamiento como agente de la edificaciones justifica por su intervención decisiva, por el hecho de que la obra se realiza en su beneficio, siendo el promotor garante de una correcta construcción, así como el dato que es él quien contrata y elige a los técnicos, entre otros motivos (SS de 1 de octubre de 1991, 28 de enero de 1994, 23 de septiembre y 13 de octubre de 1999, etc.) y por ello cabe su condena sin que realice ningún acto de edificación (SS de 3 de julio y 23 de septiembre de 1999, 13 de mayo de 2002, etc.). Razones todas ellas que determinan que la sentencia recurrida haya aplicado correctamente la doctrina jurisprudencial cuya infracción se denuncia, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

Efectos de la actuación del deudor solidario.—Debe observarse que la sentencia de apelación estima parcialmente el recurso formulado por el promotor y revoca la sentencia de primera instancia en el único sentido de limitar la condena al abono de una de las sumas reclamadas, excluyendo la realización de obras o el pago del coste de la ejecución. La aseguradora quedó condenada solidariamente, hasta el límite de la póliza, en los términos dichos. La reducción o restricción de la condena aprovecha, en razón de la solidaridad establecida, a la aseguradora, pues se trata de una excepción (la de prescripción) que «deriva de la naturaleza de la obligación» opuesta por uno de los deudores solidarios (art. 1148), además de que la jurisprudencia tiene afirmado, en base a lo preceptuado en el artículo 1141 CC, que los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados alcanzan a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta (SS de 13 de febrero de 1993, 17 de junio de 1984, 28 de abril de 1988, etc.) (**STS de 8 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Los actores (dos personas físicas, una comunidad de propietarios y una empresa franquiciada) demandan a una pro-

motora y a la aseguradora de ésta. Reclamaban la realización de las obras necesarias para reparar los daños ocasionados a la estructura del inmueble en el que vivían y se ubicaban y, subsidiariamente, la condena al pago de determinada cantidad además de indemnizaciones a las personas físicas y a la empresa franquiciada. La indemnización de esta última debía incluir las cantidades correspondientes al lucro cesante y al daño ocasionado por la pérdida de la concesión de la franquicia de una importante cadena de venta de ropa y accesorios. Los daños en la estructura del inmueble procedían del derribo y construcción de un edificio contiguo al afectado. La demanda fue parcialmente estimada en primera instancia. La apelación de la parte demandada fue asimismo parcialmente acogida. Interpuso recurso de casación la promotora y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

65. Responsabilidad extracontractual. Procedimiento penal. Inicio de la prescripción.—En los procedimientos civiles seguidos en ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual, una vez concluido el correspondiente proceso penal previo, el plazo de prescripción de las acciones empezará a contarse desde el día en que pudieron ejercitarse, a tenor de lo establecido en el artículo 1969 CC, lo que puesto en relación con los artículos 111 y 114 LECr y 24.1 CE debe situarse temporalmente en el momento en que la sentencia penal recaída o el auto de sobreseimiento, notificados correctamente, hayan adquirido firmeza, puesto que en ese instante se conoce el punto final de la paralización operada por el proceso penal y la correlativa posibilidad de actuar en vía civil (*vid.* SSTS de 14 de julio de 2006, 31 de marzo y 24 de febrero de 2003, 28 de enero de 1983, 8 de noviembre de 1984, 22 de octubre de 1981 y 22 de octubre de 1980, y STC de 19 de julio de 2004), con independencia de cuándo sea declarada materialmente la firmeza y cuándo sea notificada.

Intrascendencia, a efectos de la prescripción, de la resolución judicial en que se acuerda el archivo del procedimiento.—De este modo, en el caso concreto, la fecha del *dies a quo* queda determinada por la notificación de la sentencia firme dictada en apelación en el juicio de faltas, sin que la resolución posterior en que el Juzgado acordó el archivo del procedimiento pueda tener relevancia a estos efectos, pues no deja de ser una resolución de orden interno a los efectos del archivo material del expediente, sin trascendencia jurídica a los efectos de la finalización de la prejudicialidad, y sin que sea posible extender a este momento el comienzo del cómputo del plazo de la prescripción; y tampoco puede darse virtualidad interruptiva alguna a posteriores solicitudes de las partes en orden a expedición de testimonios o desgloses de actuaciones. (STS de 3 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—C., de once años de edad, intentó penetrar en el interior de un garaje en el momento en que la puerta metálica se estaba cerrando, resultando atrapado por dicha puerta contra el suelo hasta que pudo ser rescatado y siendo ingresado en el Hospital en coma profundo. Fue dado de alta con un diagnóstico de tetraplejía, presentando imposibilidad total para movilizar las cuatro extremidades, precisando silla de ruedas de forma permanente e

igualmente necesitando respiración asistida a ventilación mecánica. Como consecuencia del accidente se iniciaron actuaciones penales en un juicio de faltas, que concluyeron por sentencia absoluta, que recurrida ante la Audiencia Provincial dio lugar a sentencia en que se desestimó el recurso de apelación y se confirmó la resolución apelada, notificándose el día 16 de septiembre de 1993.

Doña R., actuando como madre y legal representante de su hijo menor C., interpuso el 10 de noviembre de 1994 demanda contra M., S. A., la aseguradora M. I., S. A., la comunidad de propietarios del inmueble, Ascensores I., S. A., y la aseguradora L. Ú. F. E., S. A. (actualmente A., S. A.), en ejercicio de una acción de responsabilidad extracontractual, solicitando, en síntesis, que se condenara solidariamente a los demandados al pago de la cantidad de 540.976.000 pesetas. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, entendiendo existente una concurrencia de culpas. Interpuesto recurso de apelación por todas las partes, la Audiencia Provincial estimó el de los demandados, revocando la sentencia del Juzgado. Contra esa sentencia, doña R. recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

66. Responsabilidad extracontractual del empresario por actos atribuibles a sus empleados. No se produce cuando el empleado utiliza sus facultades para sus negocios propios.—En el presente recurso, sin embargo, no puede imputarse al Banco una responsabilidad extracontractual sobre la base del artículo 1903.4 CC, por las siguientes razones:

1.^a Se trata de un contrato concluido entre dos particulares, uno de los cuales era director de una sucursal bancaria. Hasta aquí no se utiliza la cualidad de empleado del banco, sino que se trata de un negocio privado al margen de la actividad bancaria del prestatario/deudor (en un sentido parecido, la S de 26 de abril de 1999, en una acción interpuesta por un Casino tomador de un cheque falsificado para pago de una operación personal del empleado).

2.^a La conformidad de los talones entregados por el Sr. Luis al Sr. Inocencio se realizó por el primero en calidad de director del Banco, extralimitándose en sus funciones, puesto que las utilizó en beneficio propio. Hubo, por tanto, una actuación abusiva, por desviación de poder al utilizar unas facultades que tenía como empleado para los asuntos del Banco con sus clientes.

3.^a El Banco advirtió y el acreedor/prestamista conoció, que la firma de conformidad no era aceptada por el mencionado Banco, al carecer de fondos la cuenta y haberse extralimitado el prestatario/deudor en sus funciones de director de la sucursal. El documento en el que se advirtió de la situación creada por don Luis no sólo fue conocido por don Inocencio, sino que él mismo lo firmó, aunque manteniendo en su poder el discutido cheque. Por lo que debe considerarse que el Banco actuó con la diligencia exigible al supervisar la conducta de su empleado e impidió, así, que se produjeran daños derivados de la actuación bancaria aparente, quedando en consecuencia, limitado el problema a las relaciones privadas entre prestamista y prestatario.

4.^a Por lo tanto, al tratarse de relaciones personales ajenas a la actividad bancaria propia del Sr. Luis, no debe responder el Banco al no quedar implicada su propia actividad negocial. (**STS de 6 de marzo de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—En un contrato de préstamo, el prestatario entregó como garantía del pago tres cheques contra su cuenta corriente, todos ellos conformados por él mismo, como director de la oficina del Banco P. Enterada la entidad bancaria de la operación irregular, se reunió con los dos interesados y les hizo saber que no aceptaba como válida la firma de conformidad realizada por el prestatario y la rechazaba expresamente. Fallecidos el prestamista y el prestatario, las herederas del primero demandaron al Banco P. reclamándole la cantidad adeudada por el prestatario en virtud de la responsabilidad extracontractual por hecho de los empleados.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, por entender que la responsabilidad del Banco se producía por culpa *in eligendo*, pronunciamiento que fue confirmado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

67. Responsabilidad de centro docente, y su director por omisión de vigilancia dentro de un vestuario; negligencia: no se aprecia.—No puede, ni por asomo, imputarse responsabilidad a un centro docente y a su director, por la omisión de vigilancia en el interior de un vestuario. Con un normal criterio de racionalidad, no se puede llegar a los extremos que parece pretenderse en la demanda, como vigilar un vestuario, ya que se llegaría a extremos *ab absurdum* como imponer, so pena de responsabilidad, vigilancia y control en comedores, vestuarios, lavabos, retretes, etc., llegando a la violación de la intimidad, derecho constitucional, para evitar riesgos imprevisibles. La única responsabilidad que se puede apreciar se da en la persona que causó, con nexo causal directo, el daño personal a la víctima y éste, alumno de la ikastola.

Prescripción de la acción contra el causante del daño, por no apreciarse solidaridad respecto a los demás codemandados frente a los que sí se produjo interrupción de la prescripción mediante reclamaciones extrajudiciales y un acto de conciliación. Solidaridad impropia: no se le aplican la regla del artículo 1974 CC.—No se ha producido interrupción de la prescripción. En la solidaridad que nace convencionalmente o por disposición legal, se aplica claramente la interrupción de la prescripción a todos los deudores solidarios por aplicación del artículo 1974 CC. Pero si la solidaridad no nace sino de la sentencia, que es la llamada solidaridad impropia, la interrupción de la prescripción respecto a uno de los deudores no alcanza a otro, ya que no era deudor solidario y sólo lo fue desde la sentencia que así lo declaró, no antes (SSTS 27 de marzo de 2003, 14 de marzo de 2003, 21 de octubre de 2002, 23 de junio de 1993). (STS de 4 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El día 10 de noviembre de 1994, en los vestuarios masculinos de la codemandada ikastola U, cuyo director era el también demandado don G, uno de sus alumnos, mayor de edad, don D, el tercero de los demandados, agarró por el cuello al demandante, compañero suyo, a la sazón menor de edad, don A, apretando el tiempo suficiente para producirle un desvanecimiento y al caer al suelo sufrió lesiones.

Dicho demandante ha dirigido la acción contra el joven compañero causante del daño, contra el centro docente (ikastola) y contra

el director del mismo. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Bilbao desestimó la demanda respecto a los dos últimos y la estimó respecto al primero. La Audiencia Provincial que conoció del recurso de apelación mantuvo la misma calificación y no apreció solidaridad entre los codemandados por lo que aprecia prescripción en el único demandado, causante del daño, cuya responsabilidad sí se aceptaba. Por tanto, absolvió a todos los codeemandados. La parte demandante formula el presente recurso de casación. (S. M. S.)

68. Contaminación acústica. Inmisiones. Responsabilidad extracontractual. Régimen legal.—Artículo 1908 CC y legislación especial de naturaleza predominantemente administrativa, tanto en el ámbito local y autonómico, como en el estatal y el comunitario.

Jurisprudencia europea y española.—La Sala se refiere, en los Fundamentos Jurídicos primero a tercero, a los aspectos normativos y jurisprudenciales de las inmisiones sonoras y de otra naturaleza como fuente de las obligaciones de indemnizar en el orden jurídico privado, repasando tanto la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

Daño emergente: depreciación de una finca.—Se asume que el valor en venta de una finca o las expectativas de alquilarla por más o menos precio constituyen un elemento patrimonial, siendo la depreciación de la vivienda perjudicada uno de los factores a tener en cuenta para conceder una satisfacción equitativa al perjudicado (STS de 13 de julio de 2005; Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de diciembre de 1994). Es daño emergente la depreciación de las fincas, daño ya irremediadamente producido, porque el valor en venta de una vivienda es elemento patrimonial con múltiples repercusiones en aspectos como la obtención de crédito o el pago de impuestos.

Responsabilidad por ruidos fundada en el artículo 1908 CC: objetiva. La autorización administrativa no exime de la obligación de indemnizar.—La generación de ruidos por la actividad de la empresa demandada es innegable, la responsabilidad fundada en el artículo 1908 CC tiene carácter objetivo y, en fin, la autorización administrativa no exime de la obligación de indemnizar, porque autorizar una actividad no equivale necesariamente a imponer a los vecinos el deber jurídico de soportar todo perjuicio, por grave que sea, que tal actividad produzca. En el caso examinado se declara probada la posibilidad técnica, y económicamente razonable, de disminuir considerablemente los ruidos mediante una determinada configuración de las pantallas paralelas a la vía y mediante unos límites también razonables a la velocidad de circulación y a la composición de los trenes, por lo que tal concepto ha de mantenerse como indemnizable.

Afectación del paisaje como vulneración indemnizable a través del Derecho civil: no se aprecia.—El paisaje no merece hoy por hoy la consideración de objeto de un derecho subjetivo cuya vulneración deba ser indemnizada, sino la de un bien colectivo o común cuya protección incumbe primordialmente a los poderes públicos y cuya lesión dará lugar a las sanciones que legalmente se establezcan pero no a indemnizaciones a favor de personas naturales o jurídicas determinadas.

Así se desprende de la sentencia de esta Sala de 4 de diciembre de 1996, que consideró incurso en abuso de derecho el interdicto de obra nueva promovido por una comunidad de propietarios con base, entre otras razones, en que la construcción comportaba «una limitación ilegal del paisaje marino y abierto que el inmueble de mis mandantes tiene»; así resulta también de algo tan elemental como que toda nueva construcción altera necesariamente el paisaje, sin que por ello la alteración sea indefectiblemente perjudicial; así lo aconseja una prudente atención a la experiencia histórica de que obras de ingeniería o arquitectura denostadas en su día como antiestéticas son hoy apreciadas incluso como símbolos de algunas ciudades; y así, en fin, viene a derivarse tanto del propio relativismo inherente a la percepción estética del paisaje como de la prácticamente imposible determinabilidad de los afectados por su alteración, pues mientras el perjuicio causado por los ruidos suele estar en relación directa con la mayor o menor distancia de la fuente sonora, el paisaje, en cambio, depende en su percepción y disfrute de unos factores de distancia y perspectiva cuyas posibles combinaciones son prácticamente infinitas, todo lo cual refuerza la idea de que su protección y control debe seguir estando confiada, como bien de la colectividad, al Derecho público. (STS de 31 de mayo de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El litigio causante de este recurso de casación fue promovido por dos hermanos, propietarios de sendas viviendas y copropietarios de un terreno en las proximidades de un viaducto, contra la empresa siderúrgica a la que tal viaducto servía para el transporte de materiales por ferrocarril entre dos de sus factorías de Asturias. La demanda se fundaba en los artículos 1902 y 1908 CC y lo pedido era la declaración del derecho de los demandantes a ser indemnizados por la depreciación de sus propiedades, debida tanto a la ejecución como al resultado y destino de las obras del viaducto ejecutadas por cuenta de la demandada, en la cuantía que se determinara en ejecución de sentencia; la declaración del derecho de los demandantes a ser indemnizados por el daño moral ocasionado por las mismas obras y por su explotación después de concluidas, igualmente en la cuantía que se determinara en ejecución de sentencia; y la condena de la demandada a adoptar las medidas necesarias para evitar la continuación del daño, eliminando o reduciendo en lo posible los ruidos y vibraciones derivados del paso de los trenes por la vía construida. La sentencia de Primera Instancia estima la demanda, parcialmente, a favor del único de los dos demandantes que habitaba en la vivienda presuntamente afectada. Recurrida la sentencia en apelación por ambas partes, el tribunal acoge parcialmente ambos recursos. Contra la sentencia de apelación recurre únicamente la parte demandada. (S. M. S.)

69. Responsabilidad extracontractual derivada de la prestación de servicios sanitarios. Fracaso de la ligadura de trompas. Falta de imputación objetiva del resultado.—Para imputar a una persona un resultado dañoso no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, es lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica. La

primera por su carácter fáctico corresponde examinar al tribunal de instancia, la segunda de carácter jurídico es susceptible de ser revisada en casación. En el caso, la sentencia descarta que exista prueba alguna «de que el embarazo fuese diagnosticado tardíamente, ni de los efectos que esa tardanza podría haber producido, de modo que no cabe en absoluto deducir de eso, que es, se insiste, pura hipótesis, responsabilidad alguna de los demandados». Y ninguna norma de prueba se cita en el motivo como infringida al objeto de facilitar una alteración de las conclusiones probatorias obtenidas por la Audiencia. Lo que se invoca es la infracción de la jurisprudencia de esta Sala con cita de dos sentencias que sólo tienen en común con los hechos que se enjuician la responsabilidad médica. Así, la de 2 de diciembre de 1996, nada tiene que ver con un problema causal sino de imputación subjetiva o negligente, «no por omitir los medios precisos, sino por haberlos adoptado absolutamente a destiempo, teniendo en cuenta, por un lado, la gravedad del cuadro posparto que se presentó en la paciente (que exigía una actuación rápida y contundente) y, por otro, las propias circunstancias personales de la citada», conducta que no se da en el caso; mientras que en la de 25 de abril de 1994, se parte de la falta de información en un supuesto de cirugía voluntaria o satisfactiva (vasectomía), decidida por razones ajenas a la indicación médica, tanto de las consecuencias resultantes como de las indicaciones y prescripciones sobre controles posteriores, tampoco equiparable a este caso. (STS de 29 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La demandante se había sometido a una ligadura de trompas, dados los riesgos previsibles ante un cuarto embarazo, pero a los tres años fue intervenida quirúrgicamente de un embarazo ectópico, resultando con diversas secuelas. En consecuencia, demandó al médico que practicó la esterilización y al titular del establecimiento sanitario en solicitud de indemnización por los daños causados. El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo confirmaron esa decisión. (L. F. R. S.)

70. Culpa médica: enfermo de valvulopatía: innecesariedad de nuevas pruebas: desconocimiento de la causa de la muerte: prohibición del regreso.—La *lex artis* supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica la obligación de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento; en consecuencia, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, pueden servir de base para declarar la responsabilidad del médico, al igual que cuando no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (como dice la STS de 23 de septiembre de 2004); no puede cuestionarse el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior, infringiendo así la prohibición del regreso que imponen las leyes del razonamiento práctico. En el presente caso la sentencia deja establecido que el diagnóstico efectuado por la médica

demandada era sustancialmente correcto a la vista de las distintas circunstancias concurrente y de la evolución que había experimentado el paciente y que, en consecuencia, no era exigible la práctica de una segunda prueba ecocardiográfica. Esta Sala considera correctamente formulado el juicio acerca de la inexistencia de un nexo de causalidad que permita la imputación objetiva del daño a la médica, ya que no puede conocerse la verdadera causa del fallecimiento del paciente, habida cuenta de la influencia de posibles factores extracardíacos puesta de relieve por los distintos facultativos que han intervenido en el proceso como peritos, y que el diagnóstico era sustancialmente correcto y no requería de pruebas complementarias con un grado razonable de seguridad. Puede afirmarse que la insuficiencia de las pruebas diagnósticas y la inadecuación del tratamiento no pueden afirmarse sino mediante una regresión a partir del desgraciado curso posterior seguido por el paciente, que lo llevó a una operación de urgencia con implantación de una prótesis de urgencia, mediante la cual no pudo salvarse la vida.

Responsabilidad del INSALUD por mal funcionamiento del servicio sanitario: no procede.—La jurisprudencia de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo viene declarando que la aplicación de la Ley de 1984 respecto de los servicios sanitarios únicamente puede proyectarse sobre sus aspectos funcionales y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS de 1 de julio de 1997, 5 de febrero 2001 y 5 de enero 2007, entre otras); requiere la concurrencia de un nexo de causalidad, en su doble vertiente fáctica y jurídica, entre el daño producido y el defecto experimentado en el funcionamiento del servicio. En el presente caso la necropsia de la que se hubiera deducido la causa de la muerte no estaba indicada en términos médicos y sociológicos, por lo cual no puede establecerse ni siquiera la existencia de un defectuoso funcionamiento del servicio; tanto más cuanto que el descubrimiento de la verdadera causa de la muerte no hubiera podido evitar el daño, sino únicamente poner de manifiesto la adecuación o inadecuación del diagnóstico y del tratamiento realizados, aunque esto hubiera resultado inútil para modificar el juicio de responsabilidad que no puede articularse por la vía de regreso. (STS de 7 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—El fallecido de cuarenta y dos años, abogado en ejercicio, casado y con un hijo, era lo que podía calificarse de «enfermo crónico» pues desde 1987 era tratado por el INSALUD de valvulopatía aórtica con doble lesión, estenosis e insuficiencia. En febrero y de junio de 1993 se le practican dos ecocardiogramas, en de julio de 1993 acude a urgencias exponiendo que desde hacía dos meses tenía episodios de tos sin expectoración; el 2 de agosto de es visitado por la médico demandada quien, sin descartar el origen cardiológico de los síntomas, le prescribe un tratamiento con diuréticos, y al mejorar el enfermo le autoriza a partir de vacaciones; el 26 de agosto de ingresa en urgencias originando una intervención quirúrgica para implantarle una prótesis aórtica; fallece el 7 de septiembre de 1993. El Juzgado de Primera Instancia condena al INSALUD a indemnizar en cuarenta millones de pesetas a la viuda e hijo, absolviendo a la médico. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y absuelve a aquél. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la viuda e hijo, dictándose la sentencia firme a los catorce años de fallecer el enfermo. (G. G. C.)

71. Culpa médica: muerte de enfermo terminal de carcinoma de laringe: prueba pericial.—La falta de especialidad médica en oncología por parte de los peritos no constituye impedimento alguno para que puedan asesorar al tribunal en una materia que pertenece al ámbito de la profesión médica, pues el artículo 615 de la derogada Ley procesal se limita a decir que los peritos deben tener título de tales en la ciencia o arte a que pertenezca el punto sobre el que han de dar su dictamen. El testimonio del dictamen forense emitido en actuaciones penales no constituye prueba pericial en sentido estricto a efectos de los requisitos del nombramiento y causas de recusación de los peritos, y nada impide que el tribunal lo valore en unión de las restantes pruebas.

Error de diagnóstico.—Mientras la sentencia recurrida considera que el paciente se hallaba en una situación terminal que impedía la eficacia de cualquier tratamiento quirúrgico e hizo inútiles, incluso, las transfusiones sanguíneas realizadas *in extremis*, toda vez que presumiblemente se hallaban afectados los vasos del paquete vascular-nervioso del cuello a consecuencia del carcinoma de laringe recidido que provocaba sucesivas hemorragias y llevó al paciente a un choque hipovolémico, la recurrente estima que no se halla probado el estado terminal del paciente, ni tan siquiera la aludida afectación del cuello, lo que le lleva a la conclusión de que hubiera sido eficaz una transfusión, que no debió interrumpirse el tratamiento hospitalario, que la administración de fármacos fue producto de un error de diagnóstico y en el tratamiento e incurrieron en falta de atención, y, por añadidura, las deficiencias de personal y funcionamiento del establecimiento sanitario motivadas por la estación estival —que el tribunal estima no probadas—, así como la falta de atención de las enfermeras —cuya realidad el tribunal igualmente rechaza—, en unión de errores médicos de diagnóstico y tratamiento produjeron, cuando menos, una aceleración en el fallecimiento del paciente. Aun cuando estas conclusiones probatorias tratan de fundamentarse razonadamente en determinados informes periciales aportados al proceso, las conclusiones formuladas por el tribunal de instancia, basadas en la autoridad médica de los dictámenes emitidos en el proceso penal antecedente por el médico forense y en el proceso civil por tres médicos miembros de la cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Barcelona, no pueden considerarse como arbitrarias y, en consecuencia, no pueden ser revisadas en casación.

Responsabilidad por defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios: no procede.—Esta Sala admite la invocación de la Ley de protección de consumidores en relación con la responsabilidad derivada del defectuoso funcionamiento de los servicios sanitarios, si bien advierte que los criterios de imputación derivados de la expresada ley deben proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario, y no pueden alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos. En el presente caso tal responsabilidad no concurre. (STS de 22 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

72. Culpa médica: cáncer de mama: integración de hechos por la sentencia.—El recurso pretende, de manera autónoma e independiente, una integración de los hechos declarados probados por la sentencia de instancia mediante la incorporación de una referencia más detallada de la que se efectúa en la misma en lo relativo al tamaño del tumor extirpado y al proceso cronológico de su formación; la conclusión negativa no obsta a que estos datos, que constituyen, en todo caso, hechos complementarios o accesorios

de aquellos que la sentencia de instancia considera de manera directa como relevantes para la conclusión obtenida, puedan ser tenidos en cuenta al examinar los restantes motivos de casación.

Prueba.—La conclusión probatoria obtenida por la sentencia no es absurda, puesto que las referencias efectuadas por la sentencia a la corrección del tratamiento no tienen más finalidad que poner de manifiesto que los medios de diagnóstico empleados fueron correctos, cosa que no resulta extraña si se tiene en cuenta que de los propios pasajes de los dictámenes periciales que recoge la parte recurrente se infiere que las pruebas mamográficas permiten un mayor grado de previsión en el diagnóstico que la palpación, de la cual no se prescindió, sino que fue realizada únicamente al principio de los exámenes médicos.

Prevención del carcinoma mamario.—Pretende la recurrente que en la prevención del carcinoma mamario figura como técnica indispensable de diagnóstico o exploración física de la paciente, mediante la exploración y palpación de la mama. Sin embargo, en el proceso de tratamiento desarrollado a lo largo de un decenio, dichas pruebas se realizaron en la fase inicial y las pruebas mamográficas, que no excluyen la posible práctica complementaria de una exploración directa por el encargado de su realización, tienen un grado de precisión mayor, por lo que no se ha probado que la *lex artis* exija necesariamente la práctica de dichas pruebas por el ginecólogo que ordena la mamografía como previa o complementaria a su práctica por el facultativo que la realiza.

Doctrina jurisprudencial.—La STS de 23 de septiembre de 2004 ha apreciado responsabilidad cuando se omitió la realización de determinadas pruebas exigidas por una conducta adecuada a la *lex artis ad hoc* que hubieran permitido descartar la existencia de un carcinoma o detectarlo en un estadio precoz con aumento de las posibilidades de curación o supervivencia. En el caso examinado no se advierte que la Sala de instancia infrinja esta doctrina cuando, en un examen de la prueba practicada, llega a la conclusión —la cual no se ha demostrado arbitraria en relación con el examen de la prueba pericial— de que las pruebas diagnósticas fueron las correctas y se practicaron tempestivamente, dando lugar a la práctica del tratamiento posterior adecuado; el hecho de que la prueba anatomopatológica confirmase, en definitiva, el diagnóstico de malignidad respecto de un tumor ya avanzado no es suficiente para entender, conociendo *a posteriori* el curso completo de la enfermedad, que dicha prueba debió practicarse con anterioridad, en la etapa en que cabían diagnósticos diferenciales y las pruebas mamográficas en relación con una mama conflictiva no revelaban signos de malignidad. (STS de 16 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

73. Culpa médica: deber de información en el nacimiento de un hijo con síndrome de Down: no hay responsabilidad cuando se trata de embarazos normales.—El deber de información sobre la posibilidad de práctica de pruebas para comprobar la posibilidad de que el feto esté afectado por el síndrome de Down, únicamente existe cuando se dan circunstancias que evidencien o permitan sospechar con arreglo a la *lex artis* la existencia de un riesgo de que el feto presente algún tipo de anomalía psíquica, pero no en los casos que pueden considerarse normales y no afectados por circunstancias extraordinarias. Así en la jurisprudencia más reciente esta Sala ha considerado infringido el deber de información sobre dichas pruebas en casos en los cuales existía un diagnóstico de alto nivel de riesgo, y, a pesar de haberse practicado, se omitió comunicación del resultado de la prueba de amniocentesis (STS de 6 de junio de 1997); se conocía la existencia de un pariente colateral con síndro-

me de Down y había fracasado la primera prueba (STS de 18 de mayo de 2006); concurría la circunstancia de una avanzada edad de la gestante (STS de 7 de julio de 2002); o se daba esta misma circunstancia, con un resultado dudoso de la prueba primeramente realizada (STS 21 de diciembre de 2005), habiendo declarado esta última que la discusión procesal cuando la madre alega su intención de abortar, en la mayoría de los casos representa un debate estéril fundado en especulaciones que generan una innecesaria complejidad en supuestos para cuyo enjuiciamiento resulta suficiente un simple juicio de probabilidad que puede efectuarse ponderando la edad y demás circunstancias de la madre y la posibilidad legal y física de interrumpir su embarazo en función del diagnóstico prenatal. En el caso examinado no puede afirmarse que concurra alguna de las circunstancias que conllevan la apreciación de un riesgo de nacimiento con síndrome de Down según la apreciación de la prueba pericial que razonablemente realiza la sentencia de apelación, la cual manifiesta: *a)* que aparecen informes de ambos progenitores con cariotipos normales; *b)* según los informes periciales no se asocia la ingesta de determinados fármacos durante el embarazo a la posible aparición del síndrome; *c)* los informes periciales consideran que el seguimiento del embarazo fue el habitual, correcto y ajustado a la *lex artis* en su momento histórico, año de 1994; *d)* consideran que no se aprecia ningún antecedente ni indicación de riesgo del síndrome en una paciente de veintinueve años sin antecedentes familiares ni personales; *e)* consideran que del tratamiento estomatológico practicado a la madre, no puede derivarse o producirse el síndrome de Down durante el embarazo, y *f)* el resto de informes y las ampliaciones, complementos y matizaciones de los mismos no contradicen estas conclusiones. El recurso alude reiteradamente a la existencia de un pariente de la embarazada nacido con el síndrome, pero tal hecho no aparece probado. (STS de 19 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (G. G. C.)

74. Culpa médica: medicina voluntaria o satisfactiva: nacimiento de hijo posvasectomía del padre: deber de información: prueba.—Como ha destacado la STS de 21 de octubre de 2005, y recuerda la STS de 4 de octubre de 2006, los actos de medicina voluntaria o satisfactiva (categoría ya apuntada en SSTS de 25 de abril de 1994 y 11 de febrero de 1997 en relación con las operaciones de vasectomía) no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se toma, la medicina satisfactiva, en consideración a la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida. Sin embargo, dada su peculiar naturaleza, exige extremar el deber de información, el cual, conforme a STS de 12 de febrero de 2007, según la jurisprudencia de esta Sala, debe ser una información objetiva, veraz, completa y asequible, y comprende las posibilidades de fracaso de la intervención, es decir, el pronóstico sobre la probabilidad del resultado, y también cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, con independencia de su frecuencia; aunque el cumplimiento de esta obligación debe considerarse independientemente de que la intervención se desarrolle, en sí misma, con sujeción a la *lex artis*, sin embargo el consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de aquélla y forma parte de toda actuación asistencial y constituye una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica (así SSTS de 29 de mayo y 23 de julio de 2003, 21 de diciembre de 2005 y 10 de mayo y 15 de noviembre de 2006). En el presente caso, partiendo del fracaso de la

operación de vasectomía por haberse producido una recanalización de los conductos seminales, la cuestión se concreta en determinar si se cumplió el deber de información establecido en el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, en el sentido de explicar el antedicho posible fracaso que puede producirse entre un 0,2 y un 1 por 100 de casos, lo que constituye un riesgo propio de la intervención. La sentencia fija como hecho probado que existió un información muy detallada sobre los cuidados que debía seguir el paciente sometido a la intervención de vasectomía para evitar los riesgos de la recanalización, e infiere de este hecho, en combinación con otros elementos probatorios en una conclusión, la cual no aparece como descabellada o errónea, atendidas las distintas circunstancias de distinta índole que toma en consideración, de que existió una información completa, aunque ésta no haya podido probarse documentalmente lo que representa un requisito sólo *ad probationem*. El hecho de que haya dos análisis con resultado de azoospermia, uno en el mes anterior al embarazo y otro posterior, nada arguye contra el cumplimiento del deber de información del médico y sólo demuestra la existencia de un error de análisis, habiendo declarado la sentencia que basta un seminograma negativo para mantener relaciones. (STS de 23 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.] (*G. G. C.*)

75. Responsabilidad extracontractual derivada de la prestación de servicios sanitarios. Doctrina del daño desproporcionado.—En el caso, no demandados los profesionales, la referencia a la praxis hospitalaria en concreto recibida ha de examinarse en relación sólo con el centro. No hay, a lo que parece, una prueba de la negligencia o de la impericia de los profesionales que han actuado, ni se da la constatación de una carencia de medios significativa, pero la respuesta, en Derecho, al desastroso resultado de una sencilla operación quirúrgica no se obtiene al señalar que la operación «finalizó con éxito». No puede calificarse de este modo una intervención en la que se produjo hipoxia y que determinó el coma profundo. Por eso acude, con acierto, el Juzgado de Primera Instancia a la doctrina del «daño desproporcionado», a la que se han referido múltiples decisiones de esta Sala (SS de 17 de julio de 1989, 12 de febrero de 1990, 15 y 23 de febrero de 1993, 6 de julio de 1995, 2 de diciembre de 1996, 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1999, 19 de febrero, 23 de junio, 9 y 21 de diciembre de 1999, 31 de julio de 2002, 31 de enero de 2003, etc.) hasta en las decisiones más recientes (26 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, RC 1667/2000, entre otras). Esta doctrina, como ha dicho la última de las sentencias citadas, adapta la tesis de la *faute virtuelle* de la jurisprudencia francesa y la doctrina de la «prueba aparente» de la jurisprudencia alemana, o la técnica anglosajona de la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima, de los que habitualmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, y ello permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el agente, pues ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación. No se ha producido por parte de la entidad demandada una explicación que

excluya la imputación de los daños. (STS de 23 de mayo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—Después de que le fuera practicada una intervención quirúrgica de corrección de la desviación del tabique nasal, el paciente empezó a tener dificultades respiratorias y, pese a ser atendido inmediatamente, sufrió una hipoxia y entró en coma profundo, falleciendo poco después. Los herederos del paciente demandaron al titular del centro hospitalario solicitando una indemnización por los daños causados.

El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, aunque rebajando la cuantía de la indemnización. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, confirmando el pronunciamiento del Juez de Primera Instancia. (L. F. R. S.)

76. Responsabilidad médica. Alcance del consentimiento informado en los actos médicos curativos: exclusión de los riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes.—El consentimiento informado presenta grados distintos de exigencia según se trate de actos médicos realizados con carácter curativo o de la llamada medicina satisfactiva. En relación con los primeros no es menester informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revisitan una gravedad extraordinaria: se incluye hoy como información básica los riesgos o consecuencias seguras y relevantes, los riesgos personalizados, los riesgos típicos, los riesgos probables y las contraindicaciones (art. 10.1 de la Ley 41/2002), quedando fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos, que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia (STS de 28 de diciembre de 1998). En este caso, el riesgo de disartria como consecuencia del tratamiento de rehabilitación aplicado no puede calificarse como típico ni frecuente, por lo que no podía considerarse como exigible una información detallada acerca de su posible concurrencia. (STS de 17 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don R., facultativo especialista en rehabilitación integrado en el sistema público de la sanidad andaluza, tuvo como paciente desde el 9 de febrero de 1990 hasta el 10 de enero de 1994 a doña E., que padecía una intensa escoliosis, administrándole un tratamiento consistente en tracción vertebral nocturna de Cotrel (tracción con punto fijo en el mentón), con un resultado final de mejora. Sin embargo, doña E. terminó padeciendo una disartria que, unida a la escoliosis, determinó que se le reconociera una minusvalía del 34%.

Doña E. interpuso demanda contra don R. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo desestimó, confirmando la anterior sentencia. Doña E. recurrió en casación contra la sentencia de la Audiencia, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (F. J. J. M.)

77. Doctrina jurisprudencial sobre el daño desproporcionado.—La existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí solo la apreciación de responsabilidad del médico, sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia que hay entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida.

Necesidad de constancia escrita de la información por parte del médico al paciente.—A la luz del artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril de (aplicable a este caso), no hay incumplimiento del deber de información del médico ante la ausencia de información escrita sobre la intervención quirúrgica a practicar, bastando con la información verbal. Al encontrarse en el ámbito de la medicina curativa, y ante una situación de especial necesidad quirúrgica, no cabe exigir una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse, máxime si se tiene en cuenta que, en el orden natural de las cosas, parece razonable presumir, dadas las circunstancias del supuesto, que los padres demandantes, en bien de su hijo, no se habrían opuesto a la técnica empleada de haber sido consultados. (**STS de 30 de abril de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Los demandantes, padres de un menor, interponen demanda de reclamación de cantidad por importe de cincuenta millones de pesetas contra dos médicos y el Servicio Valenciano de Salud, con fundamento en la situación de ceguera consolidada e irreversible, producida a raíz de la intervención quirúrgica practicada a su hijo el 13 de marzo de 1991, el cual había nacido el 13 de febrero anterior con síndrome de Down y con cataratas congénitas bilaterales. Se alega la existencia de una actuación culposa del personal médico porque en niños tan pequeños es aconsejable una técnica más conservadora, y la omisión de la adecuada información en cuanto nunca se les informa de la intervención de alto riesgo que lleva consigo el implante de lente intraocular. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como La Audiencia Provincial desestiman la demanda y absuelven a los demandados. El Tribunal Supremo no ha lugar al recurso de casación planteado por los demandantes. (*Alma R. G.*)

78. Responsabilidad extracontractual derivada de la prestación de servicios sanitarios. El titular del centro de salud responde por hecho propio por la prestación irregular o defectuosa del servicio.—La prestación de atenciones sanitarias no puede examinarse desde la perspectiva de un mero contacto social cuando, como ocurre en el caso que nos ocupa, se realiza en el marco de un servicio público (entre las más recientes, S de 20 de junio de 2006 y las que allí se citan) lo que, dejando ahora de lado si en consecuencia de lo indicado ha de tratarse como un supuesto de prestación obligatoria de un servicio que no puede ser valorada de modo distinto en los supuestos de haberse establecido la relación por vía de contrato o por vía de cobertura del servicio, ha de llevar a la consideración de que la prestación del servicio implica a los profesionales y al establecimiento no exclusivamente como un supuesto de actuación negligente o culposa de los profesionales que es presupuesto necesario de la responsabilidad del establecimiento como

«responsabilidad por hecho ajeno» y se subsume en el artículo 1903.IV CC (SS de 24 de junio de 2000, 20 de diciembre de 1996, 15 de marzo de 1993, entre muchas otras) como una suerte de «responsabilidad vicaria» (S de 21 de junio de 2006), sino también como una responsabilidad que cabe reclamar directamente del establecimiento o centro hospitalario (de la entidad o persona titular) cuando la prestación del servicio es irregular o defectuosa por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control que le son directamente imputables. Toda vez que se trata, más que de una responsabilidad por hecho ajeno en sentido propio, de una responsabilidad por la prestación de un servicio al que está obligada la entidad y que se desarrolla a través de profesionales idóneos, cuya organización, dotación y coordinación le corresponde. Así, la S de 13 de octubre de 1995 declara que surge la responsabilidad del centro médico-quirúrgico cuando en el establecimiento faltan los elementos adecuados para la clase de operación de que se trate según las exigencias de la ciencia y en orden a las múltiples eventualidades orgánicas y funcionales que previsiblemente pueden surgir. La S de 27 de noviembre de 1997 declara la responsabilidad del INSALUD como responsabilidad directa, imputable a la entidad, sobre la base de doctrina ya formulada en las SS de 12 de julio de 1988, 24 de febrero de 1992, 21 de septiembre de 1993, 6 de marzo de 1995, 19 de julio y 3 de septiembre de 1996. En esta misma línea, entre las más recientes, las SS de 10 de mayo de 2006 y 5 de enero de 2007, declarando esta última la responsabilidad por un daño que era directamente imputable al servicio hospitalario.

Se descarta que el daño se produjera por un evento imprevisible.—Baste recordar la fórmula que, procedente del Derecho común, utiliza el precepto que se dice infringido, para concluir que no estamos ante un suceso imprevisible o inevitable. Para examinar la imprevisibilidad, hay que partir de un dato, que destaca la propia sentencia recurrida: que la paciente ya había sido inmovilizada en otras ocasiones, luego ya había presentado signos de agitación otras veces, dando lugar a la necesidad de un control para evitar la autolesión. Está, por tanto, dentro de los riesgos a evaluar, ya conocidos, que la enferma trate de causarse lesiones, por lo que ella misma pidió que la sujetasen. La utilización de un encendedor que le fue facilitado por otro paciente generó el efecto dañoso ante la falta de vigilancia y de atención: el médico de guardia no llegó a ser avisado, y enfermera y auxiliares tuvieron que atender a otros pacientes. No puede decirse, pues, que se trate de un evento imprevisible dentro de la normal y razonable previsión que sobre el comportamiento de este tipo de enfermos pueda establecerse (SS de 14 de marzo de 2001 y 15 de julio de 2002, entre otras). No puede, pues, decirse que sea inexistente la relación de causalidad entre el hecho dañoso y el comportamiento de la entidad codemandada.

Esta Sala ha dicho, además, que la apreciación del caso fortuito requiere ausencia de culpa, y en cambio en el caso se estima la omisión de medidas y el incumplimiento de los deberes relativos a la organización y dotación del servicio que son equivalentes a la idea de culpa en sentido lato (SS de 4 de abril y 20 de junio de 2000). (**STS de 22 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

HECHOS.—La hija de la demandante, que era deficiente mental y estaba ingresada en un hospital, presentaba actitud nerviosa y solicitó ser sujeta por las manos a la cama, lo que finalmente hicieron la enfermera que la atendía y dos auxiliares. Posteriormente, la enferma se prendió fuego utilizando un mechero que le pro-

porcionó otra enferma, produciéndose quemaduras cuando la enfermera y los auxiliares estaban atendiendo otras urgencias apremiantes.

La madre de la lesionada demandó al Servicio Andaluz de Salud y a los profesionales que intervinieron en el caso en reclamación de una indemnización por los daños padecidos. El Juez de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al Servicio Andaluz de Salud a pagar la indemnización y absolviendo a los demás demandados. Interpuesto recurso de apelación por ambas partes, fue desestimado por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Servicio Andaluz de Salud. (*M. C. B.*)

79. Responsabilidad extracontractual: accidente de circulación. Baremo aplicable para valorar los daños sufridos.—Se plantea cuál ha de ser el baremo aplicable para valorar los daños sufridos como consecuencia de accidentes de circulación, si el vigente en el momento de la sentencia de primera instancia, con apoyo en el carácter de deuda de valor que la jurisprudencia ha atribuido a las indemnizaciones por daños, o el vigente en el momento en que tuvo lugar el siniestro, atendiendo no sólo al principio de irretroactividad de las normas, sino a la circunstancia de que en el propio sistema de valoración de los daños producidos como consecuencia de la circulación de vehículos a motor contiene una regulación especial de intereses de demora y penitenciales que evita la pérdida de valor por el transcurso del tiempo, siendo la finalidad del propio sistema de valoración la unificación de criterios y la evitación de litigios, facilitando un rápido acuerdo sobre la indemnización procedente.

Diversidad de posiciones de las Audiencias en la interpretación del sistema de valoración de los daños personales.—Las Audiencias han mantenido distintas orientaciones en la interpretación del sistema de valoración de los daños personales:

1.^a Algunas Audiencias consideran determinante el momento en que se ha producido el daño, sobre la base de la aplicación del principio de irretroactividad de las normas. De acuerdo con esta interpretación, la norma jurídica aplicable en el momento de la producción del daño determina el sistema de valoración de los daños, y la regla para fijar su valoración. Sin embargo, esta solución presenta algunos inconvenientes cuando se trata de daños que tardan mucho en curar o aquellos que no se manifiestan en el primer momento.

2.^a Otras Audiencias entienden que los daños se deben cuantificar según la tabla que esté vigente en el momento de dictar sentencia. Esta opción se justifica en la jurisprudencia, que ha calificado la indemnización de los daños personales como deuda de valor, para evitar que se beneficiara el causante de los mismos en una época en que la inflación resultaba insostenible (entre muchas otras, SSTs de 19 de noviembre de 1984, 31 de mayo de 1985, 15 de junio de 1992, y 9 de junio, 12 de julio y 20 de diciembre de 2006). Sin embargo, esta opción presenta también inconvenientes, porque deja a la víctima la determinación del momento en que definitivamente se tenga que fijar la cantidad, ya que por medio de la interrupción de la prescripción, podría alargar la fecha de interposición de la demanda, con la inseguridad que se crea, y además no distingue entre el sistema de valoración aplicable a los

daños, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo tercero del Anexo de la Ley 30/1995, y la cuantía de los puntos que resulten de aplicar el sistema de cuantificación a la concreta lesión sufrida por el perjudicado. Sin olvidar, además, que al tratarse de actualizaciones de las tablas según el IPC, nada beneficia a la víctima del daño si se demora la determinación de la concreta cantidad a cobrar, salvo la pérdida derivada del valor adquisitivo.

Los daños sufridos en un accidente de circulación quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y deben ser económicamente valorados, a efectos de determinar el importe de la indemnización procedente, al momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado.—El régimen legal aplicable a un accidente ocasionado con motivo de la circulación de vehículos es siempre el vigente en el momento en que el siniestro se produce. El daño, es decir, las consecuencias del accidente, se determina en el momento en que éste se produce y este régimen jurídico afecta al número de puntos que debe atribuirse a la lesión padecida y a los criterios valorativos (edad, trabajo, circunstancias personales y familiares, incapacidad, beneficios en los casos de muerte, etc.), que serán los del momento del accidente. En consecuencia, por aplicación del principio de irretroactividad, cualquier modificación posterior del régimen legal aplicable al daño producido por el accidente resultará indiferente para el perjudicado.

Sin embargo, la determinación definitiva de las lesiones o el número de días de baja del accidentado pueden tenerse que determinar en un momento posterior. La Ley 30/1995 no cambia la naturaleza de deuda de valor de la obligación de indemnizar los daños personales, según reiterada jurisprudencia. En consecuencia, la cuantificación de los puntos que corresponden según el sistema de valoración aplicable en el momento del accidente debe efectuarse en el momento en que las secuelas del propio accidente han quedado determinadas, que es el del alta definitiva, momento en que, además, comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (SSTS de 8 de julio de 1987, 16 de julio de 1991, 3 de septiembre de 1996, 22 de abril de 1997, 20 de noviembre de 2000, 14 y 22 de junio de 2001, 23 de diciembre de 2004 y 3 de octubre de 2006, entre muchas otras), con independencia de que la reclamación sea o no judicial. De este modo, el principio de irretroactividad queda salvado porque el régimen jurídico se determina en el momento de producirse el daño, aunque su cuantificación pueda tener lugar en un momento posterior y de este modo se salvan también las finalidades perseguidas por la Ley 30/1995, puesto que ambos momentos son seguros.

No pueden recaer sobre los perjudicados las consecuencias de la inflación cuando sus lesiones tardan mucho tiempo en curar o en consolidarse y es por ello que, al valorarse el punto de acuerdo con las variaciones del IPC, se evita este perjuicio. Y todo ello sin perjuicio de que los daños sobrevenidos deban ser valorados de acuerdo con lo establecido en el punto 9 del párrafo primero del anexo de la Ley 50/1995. **(STS de 17 de abril de 2007;** ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don J. F. resultó atropellado por don R. en un accidente de tráfico, como consecuencia del cual sufrió diversas secuelas físicas e incurrió en incapacidad laboral durante quinientos cuarenta y cuatro días.

Don J. F. interpuso demanda contra don R. y la compañía C. Seguros, S. A., en reclamación de una indemnización de

58.195.844 pesetas., más los intereses legales calculados de conformidad al artículo 20 LCS, por los daños y perjuicios producidos como consecuencia del accidente.

El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda, condenando al pago de una indemnización de 16.531.434 pesetas, más los intereses legales devengados, que para la entidad aseguradora se calcularán conforme al artículo 20 LCS desde la fecha del accidente hasta su completo pago. Interpuestos recursos de apelación tanto por don J. F. como por la aseguradora, la Audiencia Provincial desestimó el de don J. F. y estimó parcialmente el de *C. Seguros, S. A.*, revocando la sentencia anterior en el único extremo relativo al pronunciamiento de los intereses del artículo 20 LCS y confirmándola en cuanto al resto. Contra esa sentencia, don J. F. recurrió en casación, siendo estimado parcialmente el recurso por el Tribunal Supremo.

NOTA.—El Tribunal Supremo fija en esta sentencia, conjuntamente con otra del mismo contenido, fecha y Ponente, ambas del Pleno y de evidente relevancia, la doctrina jurisprudencial sobre cuál ha de ser el momento temporal a tomar como referencia en la valoración de los daños personales derivados de accidentes de circulación, ante lo cual las Audiencias —como hemos visto en el texto— mantenían una diversidad de posiciones. Se entiende ahora que, a fin de alcanzar el valorismo de las deudas resarcitorias, el número de puntos habrá de determinarse con referencia al baremo vigente en el momento del accidente, pero valorando económicamente esos puntos a la fecha del alta definitiva del perjudicado. (*F. J. J. M.*)

80. Culpa extracontractual: daños por los productos: quemaduras graves causadas a un menor al tocar horno en funcionamiento: productos defectuosos: protección de consumidores.—Se declara la responsabilidad del fabricante por las quemaduras sufridas por un niño de un año al tocar el cristal de un horno doméstico en funcionamiento, por no haber probado que éste se contruyó o fabricó con las condiciones de seguridad reglamentariamente impuestas, y ello aunque el modelo haya dejado de fabricarse, y, además con las exigidas por la naturaleza del producto, siempre que estuvieran comprendidas en el estado de los conocimientos científicos y técnicos correspondientes a la fecha de fabricación

Concurrencia de culpas, del fabricante y de la madre del menor: cuantía.—La actora, madre del lesionado, incurrió en defecto de vigilancia, dada la edad del mismo, siendo concedora del peligro que para la salud e integridad de su hijo significaba que la puerta del horno estuviera fácilmente al alcance del mismo, lo que no permite hablar de culpa exclusiva del fabricante, debiendo exonerarse de la misma a la vendedora cuya actividad empresarial era ajena al riesgo actuado. La aportación causal de la conducta negligente del acto y de la entidad de las lesiones sufridas en ambas manos por su hijo menor, desde los puntos de vista funcional, estético y psicológico, cumplidamente demostrada en las actuaciones, justifican la estimación parcial de la demanda y la condena de la empresa constructora del horno al pago de la indemnización cifrada en el equivalente en euros a dos millones de pesetas. (**STS de 6 de junio de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

NOTA.—La demanda en la que se solicitaba una indemnización de veinte millones de pesetas por las quemaduras de segundo y tercer grado sufridas por el hijo de la actora, había sido desestimada en ambas instancias, por lo cual, al estimar en parte el recurso de casación, la Sala 1.^a tiene que cuantificar el alcance de la indemnización. Es, a mi juicio, acertado que la sentencia recuerde la aplicabilidad al caso de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, especialmente la infracción de los artículos 25, 26 y 27, tal como expone el FD 2.º. Hecho lo cual se fija, sin embargo, una cuantía más bien simbólica que representa el 10 por 100 de lo solicitado; la madre, en efecto, debió haber sido más diligente en vigilar a su hijo de un año de edad para que no echara su mano al horno encendido. Los hechos ocurren en 1988, la demanda se plantea en 1999 (probablemente porque la curación precisó de mucho tiempo) y se resuelve definitivamente ocho años más tarde cuando el lesionado había alcanzado ya la mayoría; parece que empieza a reducirse, con lentitud, el retraso, tantas veces denunciado de nuestra administración de justicia civil. (G. G. C.)

81. Responsabilidad civil por accidentes que tienen lugar con ocasión de la navegación aérea. Régimen legal. Combinación de regímenes de responsabilidad: objetivo y subjetivo.—La responsabilidad por accidentes que tienen lugar con ocasión de la navegación aérea está regida por la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación aérea. En esta Ley se establecen dos tipos de causas de indemnización cuando tiene lugar un daño con ocasión de un accidente aéreo: la primera es la que impone una responsabilidad puramente objetiva en los artículos 116 y 120 de la mencionada Ley. No admite ninguna causa de exoneración y se combina con un sistema de limitación de la cantidad en que el daño aparece cuantificado. La segunda es una responsabilidad por dolo o culpa grave, para la que no operan los límites establecidos anteriormente, puesto que el artículo 121 de la citada Ley dispone que «(...) el transportista u operador responderá de sus propios actos y de los de sus empleados, y no podrán ampararse en los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen, si se prueba que el daño es el resultado de una acción u omisión suya o de sus dependientes, en la que exista dolo o culpa grave (...)» —STS 22 de septiembre de 2005—.

Negligencia: culpa grave o dolo. Prueba: inexistente.—El artículo 121 LNA, de aplicación preferente por tratarse de una ley especial, exige para la responsabilidad que allí se establece que se pruebe el dolo o la culpa grave del transportista o de sus dependientes. Por tanto, no pueden aplicarse en este caso las reglas alegadas por el recurrente, porque se debería haber probado que concurrió alguno de estos elementos que determinan la responsabilidad sin los límites de la objetiva. No puede deducirse simplemente del resultado acaecido, el accidente, el incumplimiento de los reglamentos, cuando la Ley exige, para imputar la responsabilidad que se haya probado la culpa grave o el dolo del dependiente o del transportista (como en un caso parecido apreció nuestra S de 2 de enero de 2006).

Caso fortuito.—El recurrente pretende que se aplique este último tipo de responsabilidad, de modo que se declare que el accidente tuvo lugar por una imprudencia del piloto que podría constituir el supuesto de dolo o culpa grave que obliga a responder sin los límites cuantitativos establecidos en el artículo 120 LNA. No se admite por la Sala del Tribunal Supremo Según hechos

probados, especialmente a través del informe técnico emitido a raíz del accidente por la Comisión de investigación de accidentes, del Ministerio de Obras Públicas, Transporte y Medio Ambiente, aportado por el mismo demandante, ahora recurrente, ha quedado incontestado que ocurrieron causas fortuitas en la producción del accidente, debido a una tormenta que «produjo una turbulencia que sorprendió al piloto», por lo que existe un caso fortuito. (**STS de 28 de mayo de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—D. J. A. prestaba sus servicios como retén de incendios forestales de la empresa *T., S. A.*, en Andalucía. Ésta había contratado con *H., S. A.* los medios aéreos de la lucha contra incendios para la campaña 1991-92. El 18 de septiembre de 1992 mientras el helicóptero se encontraba en vuelo de regreso, encontró una tormenta localizada en unas lomas y se metió en ella volando próximo al terreno. Al intentar sobrepasar la cima, se vio probablemente afectado por la turbulencia, que sorprendió al piloto y sin tiempo para que éste reaccionara, el aparato se fue contra la ladera, sufriendo un impacto muy fuerte, que le produjo rodar ladera abajo, sufriendo una serie de impactos de diversa intensidad y finalmente, se incendió. Este accidente produjo la muerte de dos de los ocupantes y heridas muy graves en cinco de ellos; concretamente, el demandante D. J. A. fue declarado afecto de incapacidad permanente total. Éste demandó a *H., S. A.*, *Seguros U., S. A.*, ahora *Seguros A., S. A.*, y a D. C., el piloto del helicóptero, ejerciendo dos acciones: la de reclamación por los daños derivados de un accidente aéreo, de acuerdo con la Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre normas reguladoras de la navegación aérea, especialmente su capítulo XIII y la de responsabilidad extracontractual de acuerdo con el artículo 1902 CC y pidió que se condenara solidariamente a todos los demandados a satisfacer la indemnización pedida. La sentencia de Primera Instancia estimó la demanda. La sentencia fue revocada por la de la Audiencia Provincial. D. J. A. interpone recurso de casación. (*S. M. S.*)

DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

82. Liquidación del estado posesorio. Aplicación del artículo 453 CC.—Como afirma la S de 20 de junio de 1992, esta disposición «se refiere a aquellas situaciones en que un propietario no poseedor (y, en general, quien tenga mejor derecho a poseer) recupera la posesión detentada por un tercero, en cuyo caso es indudable que éste (el poseedor que cesa en la posesión), si lo ha sido de buena fe, tiene derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa poseída (en la forma y con las garantías que el precepto establece)».

Concepto de gasto reembolsable.—«Por gastos hay que entender todos aquellos desembolsos pecuniarios hechos por el poseedor, independientemente de que ello haya ocasionado o no un aumento de valor en los bienes poseídos. Este concepto se desprende de la propia redacción del artículo 453 CC, cuando en su segundo párrafo, permite al poseedor retener la cosa

hasta que se le hayan abonado los gastos útiles que haya efectuado, en la misma línea en que el artículo 1600 CC permite la retención de quien ha ejecutado una obra en cosa mueble.

De acuerdo con ello, no puede acordarse el pago, por parte del poseedor que ha vencido en la posesión, de unas cantidades que el antiguo poseedor no justifica haber desembolsado, porque el hecho de que el poseedor vencido en la posesión haya contratado estos gastos, no implica que pueda reclamarlos. Quien vence en la posesión es un tercero respecto del contrato de obra entre el constructor y el dueño de la obra (art. 1257 CC), en este caso el poseedor vencido, quien para poder reclamar este gasto debería justificar que verdaderamente ha realizado un desembolso pecuniario.

Principio de enriquecimiento sin causa. Aplicación subsidiaria.—«Si bien se ha considerado que la razón última del artículo 453 CC es precisamente evitar el enriquecimiento, este principio sólo puede aplicarse cuando no hay norma que directamente solucione la cuestión planteada, en virtud del sistema de jerarquía de las fuentes establecido en el artículo 1 CC, de modo que esta Sala ha venido declarando ya desde la S de 12 de abril de 1955, que es de aplicación subsidiaria; a tal efecto, la S de 19 febrero de 1999 recuerda que la acción de enriquecimiento injusto debe entenderse subsidiaria, en el sentido de que cuando la Ley concede acciones específicas en un supuesto concreto, son tales acciones las que se deben ejercitar, y ni su fracaso ni falta de ejercicio legitiman la utilización de la acción de enriquecimiento injusto o sin causa» (en este mismo sentido las recientes sentencias de 21 de octubre y 30 de noviembre de 2005 y 3 enero y 8 de mayo de 2006)». (STS de 30 de abril de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Vendido un inmueble en documento privado al demandado, el vendedor fallece antes del otorgamiento de escritura pública y sus herederos ceden dicho inmueble a los demandantes, quienes lo empezaron a rehabilitar. Interpuesta acción reivindicatoria por el comprador, éste solicita, conjuntamente, suspensión de las obras de rehabilitación, que se estima con la autorización, no obstante, de las indispensables para la conservación del inmueble. Ante el triunfo de la acción reivindicatoria, los cesionarios otorgan escritura pública y plantean liquidación de la posesión, con la reclamación de los gastos hechos en la rehabilitación del edificio, presentando la oportuna demanda.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda porque consideró que las obras realizadas eran excesivas, según el informe pericial; que se incumplieron las resoluciones judiciales que autorizaron únicamente estrictas obras de conservación; que no se había probado el pago efectivo de las facturas, puesto que el certificado del representante de la constructora no era definitivo, al no contener expresión de haberse efectuado el pago y ser, además, el representante de la constructora, tío de los demandantes y finalmente, cuestionó su buena fe porque afirmó que los demandantes tenían conocimiento que la casa podía ser propiedad del demandado.

La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación, y entendió probada la buena fe de los recurrentes, que se habían efectuado obras necesarias y útiles, pero respecto de estas últimas consi-

deró que no se había acreditado que se hubieran pagado las facturas presentadas, de modo que «no existe prueba de que hayan empleado su dinero en el pago de dichas obras», por lo que condenó al propietario de la finca a pagar la cantidad correspondiente a los únicos pagos acreditados como gastos calificados de útiles.

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.)

83. Los efectos traslativos del contrato requieren la *traditio*.—Ambos motivos deben ser acogidos, atendiendo a la doctrina de esta Sala que en supuestos como el presente en el que los terceristas esgrimen como título de dominio un negocio de permuta de solar a cambio de vivienda o local en la edificación futura, ha reiterado la aplicación del sistema de adquisición del dominio consagrado en nuestro derecho en el artículo 609 CC, que, para supuestos en que se alega como título un contrato, exige el requisito de la tradición o entrega de la cosa objeto del mismo. Así, señalaba la S de 9 de octubre de 1997 que «para la adquisición del dominio y demás derechos reales el Código Civil, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos extranjeros, inspirado en el sistema romano, estima indispensable la concurrencia del título y el modo (arTribunal Supremo 609 y 1095); no bastan las declaraciones de voluntad generadoras del contrato, sino que es preciso, además, la tradición o entrega de la cosa, si bien admite ésta en formas espiritualizadas, como es la prevista en el párrafo segundo del artículo 1462, al disponer que el otorgamiento de la escritura pública equivale a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario», doctrina reiterada en resoluciones ulteriores (SSTS, entre otras, de 18 de febrero de 2005 y 28 de febrero de 2006).

Un contrato como el presente, de permuta de suelo para construir, a cambio de superficie edificada (pisos o locales), presenta la característica de ser generador de la obligación de entrega de una cosa futura, por lo que ya se consideró en la sentencia de esta Sala, de 15 de junio de 1992 que «al versar sobre una cosa *speratae*, aunque esté determinada, sólo produce efectos obligacionales entre las partes contratantes, requiriéndose para que pueda desplegar efectos traslativos de dominio sobre la obra que, una vez terminada, medie el inexcusable requisito de la entrega o *traditio*. Se origina, en definitiva, un cambio de cosa presente, como es el solar o la parcela, por otra futura, la parte de superficie construida que se pacta, de la obra a realizar, de tal manera que el otorgamiento de la escritura de permuta o aportación del suelo edificable implica su entrega, pero sin que pueda operar la tradición *ficta* del artículo 1462 CC, en relación con las futuras viviendas o locales, por ser bienes que no existen en ese momento. Por todo ello, la jurisprudencia de esta Sala ha catalogado este tipo de contratos como atípicos, diferenciándolos, pese a la denominación que les hayan podido dar los contratantes, del contrato de permuta de bienes presentes, en que las cosas a intercambiar existen y están determinadas desde su celebración y pueden ser adquiridas por los permutantes, de tal manera que, en la modalidad contractual que ahora se examina, admitida por esta Sala, entre otras, en SS de 13 de marzo y 3 de octubre de 1997, 1 de diciembre de 2000, 26 de febrero de 2001 y 6 de febrero de 2002, «no será sino hasta que se construya en el terreno cuando se concretarán materialmente los bienes objeto de transmisión a las demandantes, ceden-

tes del suelo, como justa contraprestación, siendo después de su entrega cuando se produzca la adquisición del dominio» (S de 26 de abril de 2007).

En definitiva, no cabe prescindir en estos casos del requisito del «modo», pues la entrega necesaria para la adquisición del dominio sólo se podrá materializar al tiempo de la efectiva construcción y entrega de la posesión de la vivienda en cuestión a los permutantes, incluso en casos como el presente en que se elevó el contrato de permuta a escritura pública. Además, del tenor del título que esgrimen los actores terceristas no cabe ni siquiera individualizar la contraprestación que habrán de recibir [...] sin ni siquiera especificar cabida, superficie o concreta ubicación. Se trata, como señala la S de 18 de febrero de 2005, de «una propiedad confusa o genérica y no entregada».

Prehorizontalidad.—A todo ello, hay que añadir, sobre el tema de la «prehorizontalidad» en la que basa su decisión el Tribunal *a quo*, citando al efecto la RDGRN, de 16 de mayo de 1996, que ya lo recogió la S de esta Sala de 14 de noviembre de 1977, que da una solución distinta a la propuesta por la Audiencia diciendo así al respecto: «...amparándose el motivo en la aplicación del artículo 1462, que, es obvio, se refiere en su párrafo 2.º a la llamada *traditio instrumentalis*, esto es, cuando existiendo la cosa, el otorgamiento de la escritura equivale a la *traditio*, por lo que, en este caso, al no existir la cosa, no se podía entender que se había producido el título constitutivo del tercerista; más esta tesis del motivo no puede prevalecer frente a los razonamientos que expone la Sala sentenciadora, ya que —lo que no ha sido desvirtuado— cuando [...] se otorga la escritura de compraventa del local objeto del embargo, éste estaba en construcción, y, además, incluso formaba parte de la previa comunidad horizontal que se constituyó con la misma fecha, por lo cual es aplicable el artículo 8-4.º LH que, bajo la modalidad de la llamada «prehorizontalidad», permite la posibilidad de que sean objeto de inscripción los edificios de régimen de propiedad por pisos cuya construcción esté por lo menos comenzada, lo que determina, pues, que de dicho título, no sólo nació con ese carácter público, sino que accedió al Registro de la Propiedad, si bien posteriormente [...]; y a lo que se añade que, al haberse iniciado la construcción, y no existir prueba en contrario de que posteriormente no se continuase la misma, concurriese ya el objeto de su posesión material por parte de los terceristas...». Como se ve, no concurren en el presente caso las circunstancias para que en él se dé el supuesto dicho de la «prehorizontalidad» y poder basar en el la posesión *ficta* de la que derive ya el título dominical oponible con éxito en la tercería de la que aquí se trata. (STS de 14 de junio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—Se ejercita una tercería de dominio en ejecución hipotecaria esgrimiendo un título consistente en un contrato de permuta de solar por edificio a construir. La demanda fue rechazada en primera instancia al faltar la entrega del edificio a construir (*traditio*) no siendo válida la *traditio ficta* fundada en el contrato de permuta. La Audiencia estimó la tercería aplicando la figura de la prehorizontalidad: la escritura misma de permuta ya suponía la tradición sin que para tal consideración fuese obstáculo la condición de cosa futura de las viviendas a construir. Interpone recurso de casación la entidad financiera ejecutante que centra su argumentación en la inexistente eficacia real del contrato de permuta. El

Tribunal Supremo declara haber lugar y confirma la sentencia del juzgado. (R. G. S.)

84. Acción declarativa de dominio. Desestimación por no haber acreditado el actor su título dominical.—La Iglesia Evangélica de los Hermanos de Ares ha ejercitado una acción declarativa de la propiedad sobre un terreno que dice pertenecerle por haberlo adquirido mediante contrato de compraventa en 1916. Dicha acción, junto con la reivindicatoria, defiende el derecho de propiedad lesionado. La primera exige para su viabilidad todos los requisitos de la segunda, con excepción de que el demandado sea poseedor, pues no busca sino la aclaración de una relación de derecho puesta en duda o discutida (SS entre otras, de 24 de marzo de 1992 y 5 de febrero de 1999). Por tanto, la acción declarativa, como la reivindicatoria, requiere que el actor justifique su título dominical, hasta el punto de que su falta impide que prospere la acción, aun cuando el demandado no demuestre ser dueño de la cosa reclamada (SS de 25 de abril de 1977, 1 de diciembre de 1989 y 19 de diciembre de 2001).

En el motivo en examen la recurrente obra contra esta doctrina jurisprudencial, intentando demostrar que el Ayuntamiento carece de título dominical que apoye la inscripción registral a su favor obtenida por el procedimiento del artículo 206 LH, pero oculta que la sentencia recurrida ha negado, tras la valoración de las pruebas, que ella tenga título alguno de dominio. Es ésta la *ratio decidendi* de la sentencia. Esta declaración es previa a las consideraciones que hace sobre el título del Ayuntamiento como mero *obiter dicta*. Por ello, aunque en hipótesis se acogiese el motivo, siempre quedaría incólume que el reivindicante carece de título adquisitivo del dominio, por lo que su acción no puede prosperar. (STS de 20 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Una Asociación confesional no católica Iglesia Evangélica de Hermanos de Ares demandó al Ayuntamiento de Ares en acción declarativa de dominio de un cementerio. Alegaba la demandante que el terreno del cementerio fue adquirido en 1916, por haberlo comprado en su nombre unas determinadas personas físicas. Los documentos privados relativos a la compraventa fueron destruidos durante la guerra civil, pero de su realidad daban fe la hija y los nietos del vendedor.

El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Provincial desestimaron la demanda y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, al negar que la demandante tuviera título de dominio sobre la finca objeto de litigio. (M. C. B.)

85. Acción declarativa de dominio. Cuando se adquiere un bien inmueble en la subasta celebrada a consecuencia de un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, se entienden adquiridos los bienes muebles que fueran pertenencias, aunque se hubieran incorporado al inmueble después de la constitución de la hipoteca.—Se combate la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida, la cual, en interpretación de los preceptos hipotecarios citados, entiende que la extensión pactada de la hipoteca abarca únicamente a los muebles que existan al servicio del inmue-

ble o cosa principal hipotecada en el momento de la constitución de la misma, no a los posteriores. Los recurrentes mantienen la tesis contraria, o sea, la extensión a todos los bienes muebles que sean pertenencias de la cosa principal durante la vida de la hipoteca, exponiendo la doctrina jurisprudencial que lo avala.

El motivo se estima, pues dicha doctrina no ha limitado la extensión pactada de la hipoteca a los muebles existentes al constituirse, sino que ha fijado el tiempo de la ejecución como estado final de la unidad pertenencial, pudiendo estar establecida con otros bienes que se adquieran durante la vida de la hipoteca (SS de 14 de marzo de 1987, 21 de diciembre de 1990, 28 de febrero de 1991). **(STS de 27 de junio de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—La entidad demandante solicitó que se declarase su dominio sobre determinados bienes muebles, pues se había adjudicado en un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH un inmueble destinado a hotel y defendían que la hipoteca se extendía a todos los bienes muebles que sean pertenencias de la cosa principal durante la vida de la hipoteca, lo que comprendía los bienes que se hubiesen incorporado al inmueble después de la constitución de la hipoteca.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación y exceptuó de la declaración de dominio a los bienes muebles adquiridos con posterioridad a la constitución de la hipoteca. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia. (*L. F. R. S.*)

86. Acción de deslinde y acción reivindicatoria. Ejercicio simultáneo.—La acción reivindicatoria tiene objetivos distintos de la de deslinde y sus diferencias las ha establecido la jurisprudencia (entre otras, SS de 10 de febrero de 1997, 27 de enero de 1995 y 11 de julio de 1988), y aunque el deslinde excluye contienda sobre la propiedad, «no desvirtúa la naturaleza de la acción de deslinde el hecho de que su práctica y consiguiente amojonamiento de las fincas en confrontación, represente componer físicamente las mismas, al delimitarlas material y externamente mediante el trazado de línea perimetral divisoria, precisándose de esta forma los derechos que corresponden a los titulares interesados, sin que ello suponga el ejercicio de acción reivindicatoria alguna, pues no se pide la recuperación de un cuerpo cierto y perfectamente identificado sino que la parte demandada deje de poseer los terrenos de la propiedad del actor como consecuencia y resultado del deslinde postulado, lo que es inherente al acto delimitador de la propiedad en cuanto fija su colindancia discrepante. En definitiva, cuando se solicita el deslinde se está interesando igualmente que, una vez delimitadas las fincas, lo que corresponda al actor en virtud de tal delimitación quede bajo su posesión y se le reconozca la propiedad sobre tal extensión de terreno, lo que ciertamente puede comportar un cambio posesorio, pero ello es consecuencia propia del deslinde y en forma alguna requiere una expresa reivindicación inicial que en todo caso sería inconcreta y supeditada al resultado de aquél».

Acción de deslinde. Presupuestos. Confusión de linderos.—Como señala la sentencia de esta Sala de 14 de octubre de 2002, citando la anterior de 21 de junio de 1977, la existencia de un muro construido por la demandada, cuando no es aceptado por la actora, ni consta el mismo en documento público ni privado alguno ni ha sido reconocido como tal judicialmente, no puede ser tenido *a priori*, como elemento delimitador de las fincas colindantes, por lo que puede darse la confusión de linderos que es presupuesto de la acción de deslinde. Del mismo modo, la existencia de un camino situado en las proximidades del lindero incierto tampoco significa lógicamente certeza de dicho lindero cuando los títulos no se refieren al mismo para fijar el límite de las propiedades. (**STS de 25 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Interpuesta demanda en ejercicio simultáneo de las acciones de deslin y reivindicatoria, los demandantes solicitaron se dictase sentencia, por la que se declarase la modificación de la línea de linde entre las fincas en cuestión, la imposición de consentimiento por los demandados de la exteriorización del lindero y su amojonamiento, y se condenase a éstos a la restitución del terreno apropiado más allá de la línea de lin y a retirar cuántos elementos de construcción hayan edificado sobre dicho terreno.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda.

La Audiencia Provincial estima en parte el recurso de apelación, revoca íntegramente la demanda y declara procedente la acción de deslin y reivindicatoria.

Interpuesto recurso de casación por la parte demandada el Tribunal Supremo declaró no haber lugar y confirmó en todos sus pronunciamientos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. (*R. D. R.*)

87. Efectos del acto administrativo del deslinde de costas.—Tras la entrada en vigor de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, es indiscutible el efecto declarativo del deslinde de costas, que, como tal acto administrativo, no sólo goza de la presunción de legitimidad, sino que se encuentra amparado por los tradicionales privilegios posicionales de la Administración, particularmente la autotutela declarativa, que le permite declarar unilateralmente derechos frente a los particulares, efectivos a través de la autotutela ejecutiva.

Esa eficacia declarativa no abarca únicamente el estado posesorio o el reconocimiento de una titularidad meramente provisional, sino que se traduce en la declaración del derecho de propiedad de la Administración sobre los bienes, cuya cabida y linderos se precisan en el acto administrativo de deslinde. Dicho acto de deslinde tiene los siguientes efectos: 1) confiere, además de un título posesorio, un título de dominio sobre los bienes que, por revestir las características naturales del demanio, tal y como lo entiende el artículo 132 CE, quedan incorporados en el dominio público marítimo-terrestre (art. 13.1 Ley de Costas de 1988); 2) produce efectos registrales, pues, una vez aprobado, es título hábil y suficiente para solicitar y obtener la anotación preventiva del dominio público en la inscripción de aquellos bienes incluidos en el demanio, según el deslinde, y permite no sólo la constancia del carácter demanial de tales bienes, sino también la rectificación de los asientos contradictorios a dicho carácter y condición, y a la titularidad pública que es inhe-

rente a ellos (art. 13.2 Ley de Costas de 1988); 3) esa declaración dominical y la eficacia registral propia del deslinde, se proyecta tanto hacia el futuro, como hacia las titularidades pretéritas, afectando incluso a las amparadas por el Registro. Alcanza igualmente a los titulares de derechos inscritos amparados en el artículo 34 LH, que ven cómo desaparece la conservación de sus derechos que les confería la anterior Ley de Costas de 1969, cediendo ante la mayor protección que, desde la Constitución, merece el demanio natural, y que a nivel legislativo se plasma en la conversión del derecho de propiedad afectado por el efecto declarativo inherente al deslinde, en un derecho real de carácter administrativo y de duración limitada. Este sistema de protección no desconoce el significado expropiatorio de las consecuencias legales del deslinde que afecta a titularidades anteriores, y no impide que los titulares inscritos afectados puedan ejercitar las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, siendo susceptible de anotación preventiva la correspondiente reclamación judicial (art. 13.3 Ley de Costas). Para su ejercicio, el legislador establece un plazo especial de prescripción de cinco años, contados desde la aprobación del deslinde (art. 14).

Determinación de la jurisdicción competente para conocer de las acciones de defensa de la propiedad frente al acto de deslinde.—La Ley de Costas de 1988 constituyó el instrumento normativo a través del cual se articuló la protección del demanio natural marítimo-terrestre. Sin embargo, esta protección no se dispuso de forma absoluta e incondicionada. La vulnerabilidad de la eficacia declarativa del deslinde ya fue reconocida por el Tribunal Constitucional, en su S 149/1991, que, al resolver acerca de la constitucionalidad del artículo 13 de la Ley de Costas, negó la identificación de la eficacia del acto de deslinde con la propia de las sentencias firmes y sostuvo, por el contrario, la sujeción al control jurisdiccional, lo que se evidencia del inciso final del apartado segundo del artículo 13 de la Ley. En dicho precepto se reconoce el derecho de los afectados por el deslinde a ejercer las acciones que estimen pertinentes en defensa de sus derechos, que podrán seguirse tanto en la vía contencioso-administrativa como en la vía civil.

Esta dualidad de control jurisdiccional hace deseable, de *lege ferenda*, la existencia de un único cauce para articular la protección dominical frente a la eficacia declarativa del deslinde, y de una única jurisdicción competente para conocer de tales pretensiones, pero *lege data* se ha de admitir, en cambio, la coexistencia de ambas vías de control, lo que se traduce en la necesidad de especificar cuál es la extensión y los límites de una y otra.

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo controla la legalidad del expediente de deslinde, la pureza del procedimiento seguido, declarando si es o no conforme a Derecho, pero en modo alguno prejuzga el fallo que ha de dictar el orden jurisdiccional civil sobre la propiedad y procedencia o no de la acción reivindicatoria. En el orden civil, se pueden atacar no sólo las titularidades, sino también los hechos que las configuran, ya que, en caso contrario, su competencia se degradaría, actuando como simple mandatario de aquel orden jurisdiccional, al que vendría subordinado, sin poder admitir prueba alguna en contra de una simple presunción *iuris tantum*.

La función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende: 1) a las actuaciones formales del procedimiento, y 2) al contenido sustantivo del acto administrativo resolutorio sobre el deslinde y, por tanto, a comprobar si se ha apreciado correctamente o no la concurrencia de las circunstancias físicas que definen la zona del dominio público. Consecuentemente, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa se pronun-

cian sobre cuestiones de propiedad, lo que les está permitido, por lo demás, por el artículo 4.º de la Ley reguladora de esa jurisdicción. Pero frente a la innegable competencia del orden jurisdiccional civil para conocer acerca de las cuestiones suscitadas en torno al derecho de propiedad, estos pronunciamientos de los tribunales de la jurisdicción contenciosa ha de presentar un carácter *incidenter tantum*, en la medida en que no pueden impedir el conocimiento y el pronunciamiento de los órganos del orden civil, que comprende los casos más comunes de solicitud de protección de los derechos dominicales adquiridos con anterioridad al deslinde con base en la protección que dispensa el Registro de la Propiedad, pero que se ha de extender también a la comprobación de la concurrencia en la finca litigiosa de las características físicas del dominio público. Para esto, los tribunales civiles podrán servirse de lo actuado en el expediente administrativo y en el eventual proceso revisor ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Esta delimitación del alcance de la eficacia declarativa del deslinde y, consiguientemente, de la revisión jurisdiccional en sede contencioso-administrativa es la que cabe predicar bajo la vigencia de la Ley de 1988. Además, las acciones tendentes a obtener una declaración de dominio a los efectos del reconocimiento y posterior actuación de los derechos previstos en las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas, están incluidas en el artículo 14 de la Ley de Costas de 1988. Y no hay base legal para sostener que las acciones civiles, a las que se refiere dicho artículo 14 y el último inciso del artículo 13, son únicamente las amparadas en la protección que ofrecen los artículos 34 y 38 LH, pues de ser así, no se entendería entonces la previsión contenida en el apartado segundo de la DT 1.ª de la Ley de Costas de 1988, referida a los titulares inscritos, que contiene una específica reserva de las acciones civiles que éstos puedan ejercitar en defensa de sus derechos. **(STS de 25 de abril de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La acción ejercitada en la demanda tuvo por objeto la declaración de que el inmueble litigioso era de dominio privado por carecer de las características configuradoras del dominio público marítimo-terrestre, y que era propiedad de las actoras, de conformidad con sus títulos de propiedad. A esta pretensión se añadió, con el mismo carácter principal, la solicitud de declaración de la ineficacia o nulidad de la Orden Ministerial de 12 de enero de 1993, por la que se aprobó el deslinde de la zona marítimo-terrestre que afectó a la finca cuyo dominio reclamaban las demandantes, interesándose igualmente la condena del Estado a realizar un nuevo deslinde en la zona que excluyese del dominio público las parcelas de las demandantes. Se solicitó, además, la declaración de que las demandantes habían ostentado sobre el mismo un derecho de propiedad inscrito y excluido del dominio público, que les atribuía un derecho de indemnización mediante el otorgamiento de una concesión, en los términos previstos en las Disposiciones Transitorias de la Ley de Costas, condenando al Estado en tal sentido.

El Juzgado de Primera Instancia se abstuvo de entrar a conocer del fondo del asunto, al apreciar la concurrencia de la excepción de incompetencia de jurisdicción, considerando que no era propio del orden civil el conocimiento de las diversas pretensiones deducidas en la demanda, sino que correspondía a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Audiencia Provincial estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por las demandantes. Acogió sólo en parte la excepción de incompetencia de jurisdicción, opuesta por la Administración del Estado demandada, limitando el objeto del proceso, en cuanto materia propia de la competencia de los órganos de la jurisdicción civil, a la declaración del dominio de las actoras sobre la finca hasta la fecha del deslinde realizado el 12 de enero de 1993, como presupuesto para interesar, en su momento y por la vía correspondiente, la efectividad de los derechos reconocidos en las Disposiciones Transitorias de la Ley 22/1988, de Costas. La Audiencia consideró que correspondía a la jurisdicción contencioso-administrativa el examen de la acción consistente en la declaración de que ciertos bienes no reúnen las características precisas para ser considerados de dominio público, y el examen de la impugnación de la Orden Ministerial. Por el contrario, la pretensión de la declaración del dominio del inmueble hasta la fecha del deslinde administrativo era propia de la competencia de los órganos de la jurisdicción civil, pues las demandantes tenían su título inscrito en el Registro de la Propiedad.

Finalmente, el Tribunal Supremo afirma la competencia de los órganos jurisdiccionales del orden civil para conocer de la acción declarativa de dominio objeto de la primera de las peticiones principales de la demanda, sin perjuicio de la incidencia que en dicha declaración pudiera tener la eficacia del deslinde practicado y las actuaciones realizadas a tal efecto. Así, procede a casar y anular la resolución recurrida, en ese particular, y retrotraer las actuaciones. (S. L. M.)

88. Tercería de dominio.—Es doctrina reiterada de la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que el éxito de la tercería de dominio exige la concurrencia de dos requisitos: (1) que el tercerista haya adquirido el dominio, y (2) que la adquisición del mismo sea anterior a la práctica de la diligencia de embargo. Sobre el tercerista pesa la carga de la prueba de la demostración de su titularidad dominical en la fecha de la traba, puesto que únicamente cabe embargar los bienes y derechos que forman parte del patrimonio del deudor en el momento del embargo. (STS de 15 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares.]

HECHOS.—El 19 de febrero de 1996 se dicta diligencia de embargo sobre la finca objeto del presente litigio; la anotación preventiva no se practica hasta el 27 de abril de 1998.

El 25 de abril de 1997 el actor adquiere la finca litigiosa. En el momento en que el Tribunal Supremo dicta la sentencia analizada no había procedido todavía a la inscripción del dominio en el Registro de la Propiedad.

Tanto en primera instancia como en apelación se desestima la demanda de tercería. El Alto Tribunal desestima el recurso de casación interpuesto por el tercerista.

NOTA.—El presente litigio se produce entre los siguientes tres sujetos: el demandante es el tercerista adquirente del bien litigioso; los demandados son, por un lado, el vendedor del bien y, por otro

lado, el acreedor que solicita la traba del bien. El principio de fe pública registral y sus efectos en relación con un embargo trabado sobre el bien adquirido por el tercerista constituye la cuestión central que resuelve la sentencia analizada.

A efectos de encuadrar adecuadamente la cuestión debatida deben tomarse en consideración los hitos temporales del supuesto de hecho: en relación con el embargo, procede distinguir entre, por un lado, el momento en que se dicta la providencia de embargo y, por otro, aquel en que se practica la anotación preventiva del mismo en el Registro; y en relación con la adquisición del bien por el tercerista, debe distinguirse entre, por un lado, el momento en que se produce la adquisición del dominio y, por otro lado, aquel en que dicha adquisición tiene acceso al Registro de la Propiedad. Pues bien, en el caso concreto, el orden temporal de los acontecimientos fue el siguiente: (1) diligencia de embargo; (2) adquisición del dominio por el tercero, y (3) anotación preventiva del embargo. El tercero no llega a inscribir el dominio en el Registro de la Propiedad.

La sentencia analizada desestima la demanda del tercerista. Esta conclusión es acertada. Sin embargo, el razonamiento del Alto Tribunal puede, a nuestro entender, inducir a confusión. El Alto Tribunal, en el FD 2.º de la sentencia analizada afirma lo siguiente: «Es doctrina reiterada de esta Sala que para la prosperabilidad de la tercería de dominio hace falta la concurrencia de dos requisitos, primeramente, que el tercerista haya adquirido el dominio, y, en segundo lugar, que la adquisición del mismo sea anterior a la práctica de la diligencia de embargo (S de 18 de julio de 2005, con cita de numerosas sentencias anteriores, y S de 14 de marzo de 1986, con cita de la S de 22 de septiembre de 2001), siendo carga probatoria del tercerista la demostración de su titularidad dominical en la fecha de la traba, puesto que únicamente cabe embargar los bienes y derechos que forman parte del patrimonio del deudor en el momento del embargo». Aludiendo al caso concreto, el Alto Tribunal continúa diciendo: «En este caso, ha quedado probado que el embargo se practicó mediante diligencia del día 19 de febrero de 1996, mientras que el título esgrimido por el tercerista, la escritura pública de 25 de abril de 1997, es claramente de fecha posterior a aquella diligencia, por lo que el embargo prima sobre el derecho sostenido por el tercerista, no teniendo trascendencia que el embargo no fuera anotado sino hasta dos años después, ya que el tercerista no inscribió su adquisición, lo que le hubiera dado preferencia en virtud del artículo 34 LH [...]».

En el Fundamento de Derecho parcialmente transcrito se aprecia una errónea prelación de argumentos. A nuestro juicio el principal argumento para desestimar la tercería no es, como sin embargo parece desprenderse de las palabras transcritas del Alto Tribunal, que la adquisición del tercerista tuviera lugar en un momento posterior a la diligencia de embargo; por el contrario, la demanda debe ser desestimada porque la primera inscripción que se produjo fue la de la traba, y no la de la escritura pública de adquisición del dominio (que, como hemos indicado, ni siquiera llegó a inscribirse). La clave en este tipo de litigios se sitúa en las inscripciones de la traba y de la

adquisición del dominio. El principio de fe pública registral desplegará sus efectos en favor del adquirente siempre y cuando éste haya inscrito su derecho con anterioridad a la anotación preventiva del embargo. Así lo ha afirmado el propio Tribunal Supremo en una sentencia posterior a la presente en sólo unos días (STS de 21 de junio de 2007, extractada en este mismo fascículo). (*B. F. G.*)

89. Tercería de dominio. No procede cuando el tercerista no es tercero respecto del ejecutado.—Como es sobradamente conocido, además de que el tercerista debe acreditar ser dueño del bien embargado, en virtud de título jurídico válido y anterior a la fecha en que tuvo lugar la diligencia de embargo, es igualmente imprescindible que concurra en el demandante de tercería la condición de tercero respecto a la persona que aparece como ejecutado, faltando esa condición, cuando ambas personalidades se confunden, mezclándose sus patrimonios, lo que constituye razón suficiente para desestimar la demanda de tercería. Conviene recordar, como dice la S de 27 de septiembre de 2006, citando la de 5 de abril de 2001, que pretender hacer valer una tercería de dominio sobre bienes embargados de una sociedad, en cuya composición accionarial se aprecia una sustancial identidad con el tercerista es, atacar la esencia de la institución de la tercería de dominio, «puesto que rompe el núcleo de la misma, que establece que el que deduce la tercería de dominio no puede figurar como pasivamente legitimado en el título ejecutivo», figurando como lo verdaderamente trascendente la coincidencia personal y patrimonial entre ésta y la tercerista.

Cumplimiento de los requisitos para la aplicación de la teoría del levantamiento del velo.—En primer lugar, existe confusión patrimonial e identidad de realidades. Tras analizar la prueba obrante, la Audiencia concluye, que es cierta la identidad entre las personas que conforman una y otra sociedad, así como la identidad de domicilios y objeto social, sin que estos hechos hayan sido siquiera negados por el recurrente; y partiendo de esa base fáctica, incólume en casación, la Audiencia deduce, de forma que no cabe tachar de ilógica ni irracional, que, por presentar una continuidad organizativa y productiva, ambas sociedades se constituyeron como personalidades distintas, pero sólo para lograr sustraerse de la responsabilidad patrimonial que contraían con su actividad frente a los terceros acreedores, respondiendo, no obstante, a una misma realidad, que es el aspecto relevante a la hora de acudir al instrumento del levantamiento del velo societario en defensa de los legítimos acreedores. A mayor abundamiento, es un dato intrascendente el referido por el recurrente a la falta de plena y total identidad en el substrato personal de las entidades implicadas, cuando el criterio de la sentencia destaca por encima de todo las afinidades y comunidades de intereses concurrentes, suficientes en sí mismas para acreditar la relación entre sí de las personas jurídicas, y el que obedezcan a un entramado común (S de 7 de abril de 2001).

En segundo lugar, estos datos fácticos sobre los que se asientan los razonamientos jurídicos de la sentencia, contrariamente a lo manifestado por la entidad recurrente, no son el resultado de acudir a la prueba de presunciones, sino que son deducciones lógicas extraídas directamente de la prueba practicada, en conjunto y libremente valorada por la Audiencia. Por esta razón, no cabe apreciar la vulneración del artículo 1253 CC, que cita como infringido, puesto que, como reflejan las SS de 13 de junio de 2005 y 31 de mayo

de prueba, y cuando el juzgador de instancia no hace uso de este medio probatorio para fundamentar su fallo, no se infringe dicho precepto, sin que pueda confundirse la prueba de presunciones «con las deducciones lógicas por las que el tribunal llega a conclusiones partiendo de los hechos declarados probados en la sentencia». (S de 19 de enero de 2007).

Y en tercer y último lugar, porque los hechos que configuran el supuesto fáctico determinante de la aplicación de la doctrina cuestionada, deben permanecer incólumes en casación en la medida que conforman la base fáctica de la sentencia impugnada sin que la valoración probatoria realizada por el tribunal sentenciador haya sido combatida a través de la única vía permitida en casación, que es la del error de derecho, con cita de norma de prueba como infringida. No por ser sobradamente conocido resulta ocioso recordar que esta Sala (verbigracia, SS de 17 de enero de 2005, 30 de marzo, 14 de julio y 14 de septiembre de 2006), ha establecido que «la función de la casación no es una tercera instancia (S de 31 de mayo de 2000), ni permite hacer supuesto de la cuestión (S de 21 de noviembre de 2002), ni revisar el soporte fáctico declarado en la instancia (S de 10 de abril de 2003), sino que su función es atender y controlar la correcta aplicación del ordenamiento al supuesto de hecho (S de 28 de octubre de 2004)». (**STS de 25 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La sociedad actora demandó a una entidad de crédito y a otra sociedad en demanda sobre tercería de dominio de los bienes embargados en un procedimiento judicial. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación desestimando la demanda, al considerar que la tercerista y la ejecutada eran sociedades vinculadas entre sí y, por aplicación de la teoría del levantamiento del velo, el tercerista no tenía la condición de tercero. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

90. Situación de propiedad horizontal de hecho.—Como señala, entre otras, la STS de 1 de febrero de 1995, la inexistencia de título constitutivo no impide apreciar la presencia de una propiedad horizontal de hecho, por lo que, en estos casos, resultará de aplicación el artículo 396 CC, en relación con los artículos 7-3.º, 11 y 16 LPH. (**STS de 8 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.]

HECHOS.—Don S. y don J. M., propietarios de sendos locales comerciales, excavan una superficie que los comunica, que se extiende por debajo de los pisos propiedad de don C. y don J. Por ello, los propietarios de los pisos interponen demanda, solicitando que se restablezca la excavación subterránea al estado en que se encontraba antes de realizar la obra, por tratarse de superficie usurpada en el subsuelo, cuya propiedad corresponde a los dueños de los pisos y locales existentes encima

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que estima la demanda, es confirmada por la Audiencia Provincial y ratificada por el Tribunal Supremo. Posteriormente, don C., uno de los propietarios de los pisos, interpone demanda contra los nuevos adquirentes de dichos locales por compraventa, solicitando el cumpli-

miento de la sentencia. El Tribunal Supremo declara que no ha lugar al recurso interpuesto por los nuevos propietarios contra la sentencia de la Audiencia, que condena a la restitución de la superficie excavada y usurpada. (*M. C. C. M.*)

91. Distinción entre las normas del título constitutivo y de los estatutos, y las normas del reglamento de régimen interior.—El artículo 6 LPH establece que, con independencia de lo que determina el título constitutivo de la propiedad por pisos o locales, y para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes y dentro de los límites establecidos por la ley y los estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior que obligarán también a todo titular. Así, este precepto viene a declarar la existencia de dos clases de normas, de rango muy distinto: 1) las contenidas en el título constitutivo de la propiedad y en los estatutos, que integran la constitución y el ejercicio del derecho de cada propietario, en orden al uso y destino del edificio; 2) las integradas en el reglamento de régimen interior, destinadas a regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y las cosas comunes. Para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos, se exige la unanimidad (regla primera del art. 16 LPH). En cambio, para la validez de los demás acuerdos, bastará el voto de la mayoría del total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación (regla segunda del art. 16 LPH). (**STS de 25 de abril de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El propietario de un piso interpone demanda contra la comunidad de propietarios, impugnando determinados acuerdos tomados en la Junta General Ordinaria de ésta y solicitando la nulidad de varios artículos relativos al régimen interno. El Juzgado de Primera Instancia estimó en parte la demanda, declarando la nulidad de determinados acuerdos sobre normas de régimen interno y presupuesto. La Audiencia Provincial, por su parte, revoca la sentencia recurrida, por lo que el propietario recurre en casación.

El Tribunal Supremo desestima el recurso sobre la base de los siguientes argumentos. En primer lugar, señala que es en las normas contenidas en el título constitutivo, donde se excluye el uso y disfrute de determinados elementos comunitarios a los propietarios de las partes que allí se determinan, exclusión que, lógicamente, obliga a excluirlos de la obligación de participar en los gastos de la comunidad ocasionados por dichos elementos comunes. Es la aplicación de tales normas la que determina la elaboración de los distintos presupuestos. En segundo lugar, no queda probada la existencia de acuerdo alguno que modifique los coeficientes de participación en los gastos fijados por el título constitutivo. La Junta de vecinos se limitó a aprobar el presupuesto para el ejercicio de 1999, de acuerdo con lo que figuraba en el orden del día. El coeficiente atribuido al actor se realizó por el acto conjunto de todos los que entonces eran comuneros, en una reunión celebrada en 1993, siendo aplicados sin interrupción en todas y cada una de las juntas de propietarios celebradas, sin que el actor, que adquirió

su parte determinada al año siguiente, impugnara tal extremo, deviniendo, de esta forma, plena y definitivamente exigible. Finalmente, en relación a uno de los acuerdos impugnados, el Tribunal Supremo entiende que de él no se infiere violación alguna de la regla segunda del artículo 16.2 LPH, ya que lo único que hace es establecer el poder del voto de cada propietario en proporción directa a su coeficiente, sin establecer mayorías distintas de las previstas legalmente (según el acuerdo «*en cuanto a los acuerdos que puedan someterse a la Junta de Copropietarios y la mayoría de votos que se precise en cada caso, se estará necesariamente a lo dispuesto en la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1961*»). (S. L. M.)

92. Adquisición de elementos comunes del inmueble por usucapión.—Para hacer efectivo el derecho que resulta de la usucapión establecida en el artículo 1957 CC es preciso que esté basado en una posesión durante diez años en concepto de dueño, con buena fe y justo título. Por tanto, no resultará adecuada la intención subjetiva para poseer en este concepto si no se apoya en un título apto y suficiente, como sucede con la posesión que se disfruta por mera tolerancia de la comunidad de propietarios. De igual forma, la simple declaración de herederos no sirve de título idóneo para adquirir el dominio de unos bienes que no son propiedad de su causante.

Actos propios: concepto y fundamento.—Los actos propios tienen su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe, lo que impone un deber de coherencia y auto limita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables. Sólo pueden merecer tal consideración aquellos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causan estado, definen de forma inalterable la situación jurídica de su autor o aquellos que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho, lo que no puede predicarse en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia. (STS de 15 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios interpone demanda contra varias personas entre las que se encuentran el hijo y la viuda del poseedor de un inmueble que, según la escritura del régimen de propiedad horizontal, constituye un elemento común destinado a vivienda del portero. Los demandados, a su vez, reconvienen.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y desestima la reconvención. En concreto, declara que la comunidad es la propietaria única y exclusiva del piso y anejos inherentes y, en consecuencia, que los demandados lo poseen indebidamente por carecer de título legítimo para ello. Asimismo, la sentencia condena a los demandados a restituir a la comunidad de propietarios demandante la posesión del elemento descrito. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por los demandados. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. C. C. M.)

93. Propiedad horizontal. Nulidad de la división jurídica de una planta de un edificio en dos pisos independientes sin acuerdo de la Junta de Propietarios.—Cuando la pretensión del titular consiste en verificar una división jurídica, de tal manera que un piso pase a ser dos, con la desaparición de la cuota de propiedad inicial y la asignación de otras diferentes, aunque sea con idéntica suma de espacio, se necesita el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios, en virtud de que se considera que existe modificación del título constitutivo en dicho supuesto, según lo dispuesto en el artículo 16.1 de la citada LPH.

Además, para apreciar la voluntad del promotor y de los propietarios, la sentencia de apelación hace mención a determinadas actividades realizadas en el año 1973, cuya valoración es inadecuada en virtud de que el título constitutivo fue objeto de escritura pública el 22 de febrero de 1975, y, por lo tanto, con posterioridad a los datos que sirvieron a la conformación del parecer de la Audiencia. (STS de 25 de mayo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—El demandante solicitó que se declarase que dos locales del edificio debían ser destinados cada uno de ellos a una sola vivienda y que las obras realizadas por los demandados fueran demolidas y repuestas las cosas a su estado anterior. Uno de los demandados contestó a la demanda y formuló reconvencción solicitando que el demandante repusiera diversos espacios a su estado primitivo deshaciendo las obras que había realizado.

El Juez de Primera Instancia estimó en parte la demanda y estimó íntegramente la demanda reconvenccional. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto por el demandado, dejando sin efecto algunos pronunciamientos del Juez de Primera Instancia. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación, ratificando íntegramente la sentencia dictada por el Juez de Primera Instancia. (L. F. R. S.)

94. Propiedad horizontal: las terrazas como elemento común y los requisitos necesarios para su desafectación.—La enumeración legal de elementos comunes del artículo 396 CC es enunciativa y no un *numerus clausus*. Así, la jurisprudencia afirma que las terrazas que sirven, en todo o en parte, como cubierta al edificio tienen, en principio, la consideración de elementos comunes (SSTS de 6 de mayo y 14 de octubre de 1991, 10 de febrero de 1992 y 25 de julio de 1995). Eso sí, estas terrazas no son elementos esenciales por naturaleza, es decir, imprescindibles para asegurar el uso y disfrute de los pisos y locales, sino elementos comunes por destino, lo que implica que pueden ser desafectados para otorgar su uso privativo a uno de los dueños.

Los procedimientos legalmente previstos para que esta desafectación se produzca son, o su consideración como elemento privativo en el título constitutivo (art. 5 LPH) o la constancia del acuerdo unánime posterior de la Junta de Propietarios que admita el uso privado de ese elemento de naturaleza comunitaria (arTribunal Supremo 11 y 13.4 LPH). Lo relevante a la hora de estimar producida una desafectación, que destine a un uso privativo lo que era de uso común, no es la realidad física que exista en el momento de la adquisición de la vivienda, sino la concurrencia de alguno de los presupuestos legales enunciados. No es posible una desafectación tácita basada en la

situación fáctica del inmueble y en la tolerancia del adquirente. El Tribunal Supremo no admite que una determinada conducta de un adquirente pueda interpretarse como equivalente a un acuerdo unánime conforme a la desafectación. La inactividad de los propietarios desde el momento de la adquisición no significa que exista un consentimiento tácito que sane la falta de consentimiento unánime necesario, conforme a la Ley de Propiedad Horizontal (SSTS de 7 de abril de 1998 y 10 de junio de 2002). (**STS de 30 de marzo de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don R. interpone demanda contra los dueños de las viviendas situadas en la planta superior de su edificio en ejercicio de la acción reivindicatoria. En ella, solicita que se le reintegre la posesión y tenencia de la terraza que sirve de techumbre al mismo, ya que los demandados llevan a cabo un uso privativo y excluyente de este elemento común. Los demandados se oponen a la demanda alegando que dicha terraza sólo tiene acceso desde las viviendas superiores y que fue voluntad de la propietaria, antes de la división horizontal, atribuir su uso sólo a los pisos superiores.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda por entender acreditado tanto el carácter común de la terraza, como la condición de copropietarios de los litigantes y el uso excluyente que venían realizando los demandados sin estar amparados por título que les habilitara para ello. La Audiencia estima el recurso de apelación, pues a pesar de que la terraza es un elemento común, la configuración física del inmueble y la evidencia fáctica continuada de su uso privativo, conocida por el actor cuando adquirió la vivienda, permiten afirmar su desafectación tácita. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo estima y confirma la resolución de primera instancia. (*S. E. M.*)

95. Propiedad horizontal. El acuerdo por el que se arrienda una parte de la azotea del edificio para instalar una base repetidora de telefonía móvil debe ser adoptado por mayoría de votos, sin que se requiera la unanimidad.—La cubierta-azotea de un edificio sujeto al régimen jurídico de propiedad horizontal es un elemento común, por así disponerlo el artículo 396.1 CC, y como tal de uso común por los propietarios del inmueble. Ahora bien, ello no impide que se pueda disponer acerca de su uso a favor de uno o varios titulares de departamentos, o de terceros ajenos a la comunidad, haciéndolo, como en este caso, a través de un contrato de arrendamiento cuya celebración no precisa la unanimidad de los propietarios, conforme al artículo 16.1 LPH, sino que basta el régimen de mayorías de su número 2, puesto que se trata de un acto de mera administración, y no de disposición, por un tiempo concreto, que no altera la naturaleza de la cubierta como elemento común y no existe constancia alguna (nada dice la sentencia) de que la obra puede incidir en la estructura del edificio o afectar a la configuración o estado exterior del edificio o de la cubierta, sino que incluso se trata de una instalación desmontable en un espacio carente de uso específico por los comuneros. (**STS de 22 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.— El demandante presentó demanda contra la comunidad de propietarios de un edificio, solicitando se declarase nulo el acuerdo por el que se autorizaba la firma de un contrato de arrendamiento para la instalación de una base repetidora de telefonía móvil en la azotea del citado edificio.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda al considerar que el acuerdo debería haber sido adoptado por unanimidad, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y desestimó la demanda al entender que el acuerdo sólo necesitaba el apoyo de la mayoría de los propietarios. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*M. C. B.*)

96. Propiedad horizontal. Legitimación de la comunidad.—El Tribunal Supremo reconoce la legitimación de la comunidad de propietarios para reclamar a un comunero los gastos comunes, aun existiendo una resolución judicial de suspensión de los acuerdos adoptados por la Junta General de la Comunidad para ese año, cuando, como sucede en el caso juzgado, dicha resolución judicial no ha sido objeto de valoración ni de pronunciamiento alguno en este proceso. A ello añade el Tribunal Supremo que, si bien dichos acuerdos (referidos, entre otros aspectos, al Presidente y a la formulación de acciones judiciales) están en suspenso, no lo están ni los anteriores ni los posteriores —que otorgan legitimación al presidente de la comunidad— a los que hay que remitirse, pues de lo contrario se impediría que la comunidad siguiese desarrollando su actividad en beneficio de los comuneros.

Actos propios.—El Tribunal Supremo reitera en esta sentencia su doctrina sobre los actos propios, que tiene su fundamento último en la protección de la confianza y en el principio de buena fe, y que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se crean expectativas razonables. Para que esto suceda, es necesario que se trate de actos que, por su carácter trascendental o por constituir convención, causen estado, definan de forma inalterable la situación jurídica de su autor o bien que vayan encaminados a crear, modificar o extinguir algún derecho; esto no sucede en los supuestos de error, ignorancia, conocimiento equivocado o mera tolerancia (así lo declara la STS de 27 de octubre de 2005 y las que cita).

En este caso, para la aplicación de la doctrina de los actos propios, el Tribunal Supremo tiene en cuenta la existencia de litigios anteriores entre las mismas partes y que la demandada compareció en la Junta General de la Comunidad, ejerciendo su derecho de voto, sin impugnar dicha junta ni ninguna otra. (**STS de 15 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Don F., en calidad de presidente de la comunidad de propietarios del edificio Augusta Park, interpone una demanda contra la entidad mercantil G. L. exigiendo el pago de ocho millones de pesetas en concepto de gastos comunes. La demandada se opone e interpone la excepción de falta de legitimación activa del actor, pues no reconoce la existencia de una sola comunidad de propietarios, sino que pretende que existen tres comunidades distintas.

El Juzgado de Primera Instancia no entra a conocer del fondo del asunto, al estimar la excepción de falta de legitimación activa. Por su parte, la Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la comunidad de propietarios Augusta Park, y con-

dena a la demandada a que abone a la demandante la cantidad reclamada. Contra esta última sentencia, G. L. interpone recurso de casación. (L. P. S. M. P.)

97. Propiedad horizontal: la legitimación de uno de los copropietarios para el ejercicio de la acción confesoria de servidumbre de desagüe.—

A pesar de que el vigente artículo 7.5 LEC sólo permite comparecer en juicio a quien la regulación concede representación legal, es decir, al Presidente o, en su caso, al Vicepresidente de la comunidad de propietarios, la regulación precedente, al igual que reiterada jurisprudencia, reconoció al comunero y copropietario el posible ejercicio de acciones en beneficio o en defensa de la comunidad, aun sin el consentimiento expreso de la misma, con fundamento en el artículo 394 CC (SSTS de 20 de abril de 1991, 22 de octubre de 1993, 8 de noviembre de 1995 y 22 de noviembre de 1999). Eso sí, esta regla no se aplica cuando lo que consta es la clara oposición y voluntad contraria al ejercicio de dicha acción por parte de la citada comunidad (STS de 13 de diciembre de 1991 y 16 de abril de 1996).

Además, para el correcto ejercicio de la acción confesoria de servidumbre de desagüe, conforme a los artículos 397, 594 y 597 CC, es imprescindible el acuerdo unánime de todos los copropietarios, ya que la constitución o reconocimiento de esta servidumbre implica la alteración de la cosa común y, no cabe duda, de que el sistema de evacuación de aguas lo es. Si no se acredita la existencia de dicha servidumbre en el título constitutivo, para poder constituirlo, al tratarse de un derecho real que grava el inmueble y de una servidumbre de carácter legal, lo procedente es que el dueño del predio dominante lo solicite, puesto que su constitución implica no sólo un beneficio, sino también la asunción de una serie de obligaciones derivadas. Dicho dueño en el caso de las comunidades de propietarios es el conjunto de todos los dueños en proporción a sus respectivas cuotas de participación en los elementos comunes del edificio. (STS de 14 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Don M. y doña I. interponen demanda contra su comunidad de propietarios solicitando la nulidad del acuerdo adoptado en la Junta General Extraordinaria acerca de la ejecución forzosa en su local del sistema de canalización y conducción de aguas residuales. La demandada se opuso y reconvino solicitando a su vez que los actores permitan la realización de dichas obras, sin perjuicio de su derecho a la indemnización correspondiente. Se contesta a la demanda reconvencional alegando la falta de representación del reconviniente.

El Juzgado de Primera Instancia estima íntegramente la demanda y rechaza la reconvención. La Audiencia estima parcialmente el recurso de apelación y absuelve a la demandada. Los actores interponen recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (S. E. M.)

98. Propiedad horizontal: requisitos legales necesarios para la convocatoria de juntas de propietarios sobre realización de obras.—El Tribunal Supremo afirma que deben ser cumplidas las normas previstas en la Ley

de Propiedad Horizontal para la convocatoria de juntas, pues configuran un sistema de garantías que ha de ser respetado. Así, en la citación debe constar tanto el lugar, día y hora de celebración, como el orden del día. La citación debe ser personal y por escrito en el domicilio que constituya la residencia de los titulares en España, o, en su defecto, en el propio piso o local y, subsidiariamente, en el tablón de anuncios o lugar destinado en la finca a estos fines. En consecuencia, de acuerdo con la Ley de Propiedad Horizontal, resultan inadmisibles las convocatorias efectuadas verbalmente, por quebrar las garantías concernientes al propietario. La citada ley señala, además, que la asistencia a la junta será personal o por representación legal o voluntaria, que puede ser acreditada con un escrito firmado por el propietario.

La falta de notificación de los acuerdos con los requisitos legales necesarios impedirá el inicio del plazo de su impugnación, que empezará a contar desde la notificación válida a los mismos. (STS de 28 de junio de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Una comunidad de propietarios demanda a una entidad mercantil que forma parte de dicha comunidad y cuyos locales se encuentran arrendados a terceros. La comunera demandada, además de oponerse a la demanda, reconviene solicitando la nulidad de los acuerdos adoptados en junta de propietarios, sobre la necesidad de acometer una serie de obras en el edificio para que cumpla con las condiciones de seguridad y salubridad necesarias. Según la misma, aunque se conoce su domicilio a efecto de notificaciones, la comunidad de propietarios las entregó a los arrendatarios de los locales que participaron en las juntas, pese a que no existía una delegación expresa de la propiedad para ello.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y rechaza la reconvenición. Su sentencia es confirmada en grado de apelación por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación presentado por la entidad mercantil. (M. C. C. M.)

99. Propiedad horizontal: notificación y plazo de impugnación de los acuerdos de la Junta de Propietarios.—En virtud del artículo 16.4 de la Ley 46/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, la acción de impugnación de los acuerdos de la Junta de Propietarios deberá ejercitarse dentro de los treinta días siguientes al acuerdo o a la notificación, si hubiere estado ausente el que lo impugne. En dicha ley se establece un sistema de garantías por el que los propietarios gozan de libertad para asistir a la Junta, no siendo posible que el impedimento de su asistencia se deba a la omisión de ciertos datos sobre su celebración (lugar, fecha, hora...), o al desconocimiento del Orden del Día (sin necesidad de una redacción amplia o exhaustiva del mismo) o, en su caso, a la falta de la comunicación posterior de los acuerdos adoptados. Es decir, al propietario ausente también se le ha de entregar la oportuna acta de la Junta, convocársele en la forma debida (mediante correo ordinario, a través del portero de la finca o incluso en determinadas circunstancias por su colocación en algún lugar habitual de la finca) y, posteriormente, probarse la notificación del acuerdo.

Para un propietario ausente, la manifestación emitida por el Presidente de una comunidad de propietarios en un acto de conciliación no puede asi-

milarse a la efectiva notificación prevista en el citado artículo 16.4 y, por lo tanto, tampoco la fecha de dicho acto sirve como día inicial del cómputo del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación. **(STS de 3 de mayo de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Los hermanos don I., doña S. y don S. demandan a su comunidad de propietarios impugnando los acuerdos adoptados en la Junta. En esta Junta, a la que no asintieron, se decidió, sin la necesaria unanimidad, la realización de ciertas obras que afectan a elementos comunes y que a los actores les generan notables perjuicios en sus locales comerciales ubicados en la planta baja del edificio comunitario (filtraciones de agua, obstaculización del acceso de peatones, visualización de los escaparates...). La demandada fue declarada en rebeldía y se personó una vez concluido el período de proposición de prueba.

El Juzgado de Primera Instancia acoge íntegramente la demanda. Esta sentencia fue revocada en grado de apelación. La Audiencia deja sin efecto el pronunciamiento porque considera que, a pesar de la falta de prueba sobre la fecha de acuerdo determinante de la realización de las obras, en el acto de conciliación el Presidente de la Comunidad reconoció la realidad de las mismas y, no obstante, la acción de impugnación contra el acuerdo no se ejercitó hasta pasado un año y medio desde este acto, por lo que es evidente su ejercicio extemporáneo. La parte actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo ratificando la sentencia del Juzgado de Primera Instancia. *(S. E. M.)*

100. Nulidad relativa de los acuerdos adoptados por la Junta de Propietarios sin contar con la preceptiva unanimidad.—La nulidad de los acuerdos adoptados sin la necesaria unanimidad no es radical, sino relativa, cuando existe un plazo dentro del cual pueden ser impugnados. Es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene que se reserva la calificación más grave de nulidad absoluta para los acuerdos que infrinjan normas imperativas o prohibitivas que no tengan previsto un efecto distinto para el caso de contravención, o que sean contrarios a la moral o al orden público o contengan un fraude de ley, defectos todos ellos insubsanables por el paso del tiempo. **(STS de 18 de abril de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—Se interpuso demanda declarativa de la nulidad de un acuerdo adoptado en Junta de Propietarios de una comunidad, en virtud del cual se autorizaba a los codemandados a edificar una buhardilla sobre componentes privativos de la Comunidad. Los demandantes, que también solicitaban la demolición de lo edificado y restauración del edificio a su estado anterior, alegaban que faltó la unanimidad necesaria para la validez de dicho acuerdo. En primera instancia, la demanda fue estimada. Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Alicante, éste fue estimado. *(C. J. D.)*

101. Titularidad de programa de ordenador creado en el seno de una relación laboral.—El objeto directo y exclusivo de protección legal es el programa de ordenador definido en el artículo 96, párrafo primero, LPI, con la documentación del párrafo segundo del propio artículo. La protección recae, no sobre la idea, sino sobre la expresión de la misma, pues el objeto de protección no es lo que se pretende sino el cómo se consigue: la forma de plasmar la idea, su ordenación, configuración o estructura, y, en el caso, la contribución de los funcionarios de la Delegación provincial de la demandada se ciñe única y exclusivamente a la idea, no a su forma de expresión, de modo que la disposición técnica del programa se realizó única y exclusivamente por el demandante, limitándose las indicadas funcionarias a exponerle las funciones que al usuario del programa le convenían. El artículo 97.4.º LPI hace derivar la titularidad a favor del empresario, de las llamadas invenciones laborales, de dos factores alternativos (salvo pacto en contrario): que la obra se enmarque en el ámbito propio y específico de las funciones que le han sido confiadas, o que se hayan realizado por instrucciones del empresario, no concurriendo ninguna de dichas circunstancias. La prueba practicada, señala el Juzgador *a quo*, es reveladora de que el demandante procedió a la invención por propia iniciativa y no por ser ésta su tarea o cometido propio ni por encargo expreso o indicaciones concretas de la demandada. La función para la que fue contratado el Sr. G. no era la de programar, y la demandada-reconviniente no prueba con el necesario rigor que se le dieran instrucciones específicas para crear el programa, ni tampoco consta que se relevara al actor de toda otra función en la Delegación para realizar el programa, ni aun siquiera que en dicha Dependencia existieran medios materiales aptos para la elaboración del mismo. Por tanto, no concurren ninguna de las hipótesis del artículo 97.4 LPI que atribuyen al empresario la titularidad de los derechos de explotación. La colaboración de los posibles y eventuales usuarios en nada obstan a la paternidad del programa. Por el contrario, el demandado ha probado la dedicación a la elaboración del programa en horas distintas a las laborales y en su propia casa. Tampoco es lo mismo «con ocasión del trabajo» que «en el desempeño normal de su puesto de trabajo», que es al que la Ley se refiere. Y tampoco es lo mismo colaborar en la idea, o hacer indicaciones sobre el resultado, o aspectos del mismo que se desean, que proporcionar «instrucciones sobre la creación».

Actos propios. Doctrina jurisprudencial. No se estima.—En el recurso se argumenta que el acto propio viene constituido en el caso por la entrega voluntaria de los disquetes del programa por parte del demandante, sin exigencia de contraprestación alguna, y sin advertencia de ser por tiempo limitado o sometida a condición alguna. Pero, si bien en un principio hubo una cesión del uso, ésta no se podía considerar definitiva e irrevocable, sino en el entendimiento implícito de dejar de utilizar el fruto del trabajo e inventiva del demandante a modo de auténtico precario, esto es, en tanto durase la liberalidad del cedente». La impugnación de esta apreciación incide en el defecto de hacer supuesto de la cuestión, ya que la estimación de *animus donandi* constituye cuestión de hecho. Por otra parte, la deducción de existencia de una cesión gratuita definitiva del uso del programa por la permisón de utilización del mismo no se ajusta a la exigencia de univocidad que requiere el acto propio para vincular a su autor, y, de aceptarse, conduciría a una generalización de la presunción del «ánimo de liberalidad», que no es conforme a la normalidad de las cosas —*quod plerumque accidit*—, ni la consiente el ordenamiento jurídico, pues retiradamente esta Sala ha venido declarando que el ánimo de

liberalidad no se presume (SSTS, entre otras, 6 de octubre de 1994, 12 de noviembre de 1997 y 13 de julio de 2000). (STS de 21 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—El objeto del proceso versa sobre la titularidad de un programa de ordenador (CODEN), el cual se elaboró en el seno de una relación laboral, reclamando la titularidad del derecho de explotación ambas partes: el trabajador que lo elaboró (Sr. G.) y la entidad para la que trabajaba (Consejería de Agricultura y Medio Ambiente de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha). Quedó probado que:

a) El Sr. G. fue contratado con la categoría de administrador de informática, con el puesto de operador de consola, por lo que su función no era programar, la cual corresponde a los analistas, si bien en la plantilla de la entidad para que trabajaba no había ningún titulado en informática.

b) La idea de realizar el programa —denominado CODEN— fue del Sr. V., pero de hecho sugerida por la Secretaria de la Delegación que le manifestó las deficiencias del programa que se venía utilizando en la Consejería de MULTAS. No hubo encargo directo para que el programa se realizase, ni la realización entraba en las funciones del Sr. V.

c) El programa tiene por objeto crear formularios que puedan ser utilizados en la tramitación de expedientes administrativos.

d) En cuanto al lugar en que se elaboró, lo fue en parte en casa y en parte en la oficina.

e) En lo que atañe a los medios utilizados, se emplearon tanto material de la oficina como equipos propios, recibiendo el Sr. G ayuda y colaboración de las funcionarias de la Consejería.

f) CODEN no nació para comercializarse, siendo cosa distinta que, a la vista de su funcionamiento y aplicación en la Consejería el actor decidiera intentar comerciar con él.

A la vista de todo lo anterior, el Juzgado de Primera Instancia concluye que el programa CODEN es obra protegible según el artículo 96 LPI, y constituye una invención laboral mixta, perteneciendo la titularidad al trabajador, con un derecho de utilización de la Consejería, con la obligación de indemnizar. La sentencia es recurrida en apelación y la Audiencia Provincial estima en parte el recurso. La Consejería autonómica interpone recurso de casación. (S. M. S.)

102. Violación de los derechos de propiedad intelectual mediante inscripción como marca en el registro de un dibujo protegido como obra. Prioridad de la lesión del derecho de autor.—Lo determinante en este caso no es la regulación de la marca, porque el litigio versa directamente sobre una cuestión relacionada con el derecho de autor sobre su obra, que tiene prioridad ya que de acuerdo con el artículo 13.d) de la Ley 32/1988, de 10 noviembre, de Marcas vigente en el momento en que sucedieron los hechos, se prevé una prohibición relativa a registrar como marcas «los sig-

nos o medios que reproduzcan o imiten creaciones protegidas por un derecho de propiedad intelectual, a no ser que medie la debida autorización del titular de tal derecho», como ocurrió en el presente caso, en el que la autorización no se produjo. Por ello debe partirse de la base que, aun no siendo constitutivo para el autor el registro de su obra, no puede darse prioridad a la marca sobre el derecho de autor que, como ha ocurrido, no ha autorizado su utilización.

Prescripción de la acción para reclamar daños y perjuicios por la lesión del derecho de propiedad intelectual: artículo 135 LPI. *Dies a quo*.—El artículo que se dice infringido establece un plazo de prescripción, cinco años, y un *dies a quo*, «desde que el legitimado pudo ejercitarlo», que debe ser determinado teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. A efectos dialécticos, podría admitirse que el simple hecho de iniciar el procedimiento de registración de una marca que corresponde a un derecho de autor que se lesiona, ha producido la violación, que genera los derechos de indemnización previstos en el artículo 135.3 LPI. Sin embargo, esta conclusión no puede admitirse, dada la finalidad de la indemnización prevista en el citado artículo 135.3 LPI, que, recordemos, consiste en la compensación por la vulneración del derecho de autor. El daño en este caso se consolida cuando el perjudicado lo conoce o puede conocerlo y en contra de lo aseverado en el recurso, hay que afirmar que el acto que produce la lesión del derecho de autor es la inscripción, porque el que inicia el procedimiento es un mero acto preparatorio, que puede acabar con la denegación de la inscripción, y si ello fuera así, no se habría producido de forma definitiva ninguna lesión del derecho de autor.

Lesión del derecho de propiedad intelectual. Solicitar la inscripción pero no explotar la marca registrada provoca una violación del derecho moral de autor.—En este caso no nos encontramos frente a un supuesto de divulgación, sino de falta de autorización, de manera que, probada la originalidad del dibujo del gato *Pumby*, no hubo autorización para la inscripción como marca. Por tanto, provocó una violación del derecho moral porque se ha producido una inscripción, no sólo omitiendo quién fue el autor, sino también copiando su producción. Para que haya violación del derecho moral basta que haya una reproducción in consentida.

Perjuicios morales. Prueba y fijación del *quantum* según la Ley de Propiedad Intelectual.—Los recurrentes entienden que la parte demandante no ha probado que se hayan producido perjuicios morales y que sólo ha alegado su existencia sin intentar probar su realidad. El artículo 135.2 LPI que se cita como infringido, considera que el daño moral existe sin necesidad de prueba del perjuicio económico, cuando afirma que «en caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico». Es por esta razón que no puede admitirse este motivo, porque la sentencia recurrida ha aplicado los criterios del artículo 135.2 LPI, que deslinda el daño moral del patrimonial, de manera que los daños morales no son objeto de prueba en sí mismos, sino que lo que debe probarse es el hecho generador del daño y las circunstancias de su producción. En este caso se ha probado: a) que se había efectuado una copia del dibujo original del gato *Pumby*; b) que este dibujo se había inscrito como marca sin autorización de su autor. Todo ello determina la lesión del derecho moral. Respecto a los criterios utilizados en la sentencia recurrida para la fijación del *quantum* a indemnizar, ésta tampoco ha vulnerado el artículo 135.2 LPI, que establece que en la fijación de la indemnización y la consiguiente valoración del daño

moral se atenderá a «las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra», que se han aplicado correctamente. (STS de 19 de abril de 2007; ha lugar en parte). [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—El Sr. E. era dibujante y había creado un gato, al que llamó *Pumby*, cuyas historietas empezaron a publicarse en torno al año 1952, hasta 1983 en revistas de la sociedad *Editora V.* Era pública y notoria la autoría del dibujo, a pesar de que el autor nunca tuvo un contrato con la mencionada editora, que en 1953 registró con el mismo nombre una marca de una cabecera de revista, sin consentimiento del autor, aunque esta marca no se utilizó; estos hechos dieron lugar a un litigio paralelo al actual.

En 1994, la sociedad «C., S. L.» acordó con don Enrique la cesión de la explotación del dibujo gato *Pumby* para una serie de dibujos animados. En aquel momento se descubre que en de octubre de 1992, don J. M. había presentado en el registro de marcas y obtenido la inscripción de una serie de marcas relativas al gato *Pumby*, que después cedió a *R., S. L.*, llegando a solicitar una marca comunitaria.

El Sr. E pidió en la demanda que se le declarase como autor del dibujo del original del gato denominado *Pumby* sobre el que tiene el derecho moral de autor; que le corresponden los derechos de explotación de su obra y que la inscripción efectuada por J. M. y cedida a *R., S. L.* constituye una violación de sus derechos de propiedad intelectual. Como consecuencia de lo anterior, ejercitaba la acción reivindicatoria de los registros de las marcas y subsidiariamente, en el caso que no se acordase la reivindicación, pedía que se anulasen los registros de las marcas titularidad de *R., S. L.*, por haberse inscrito contra sus derechos de propiedad intelectual. Además, pedía la indemnización por el daño moral causado al autor. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial, en apelación, confirmó la sentencia apelada, aunque estimó parcialmente el recurso en lo que se refería a la cuantía indemnizatoria por daño moral de autor a favor de don E. Los demandados interponen recurso de casación. (*S. M. S.*)

103. Actos de comunicación pública. Receptores en habitación de hotel. Distribución de la señal televisiva efectuada en los establecimientos hoteleros a los aparatos instalados en las habitaciones con la posibilidad de ser decepcionada o captada por los clientes.—El tema, polémico en la doctrina, dio lugar a dos criterios interpretativos en la jurisprudencia de esta Sala. En sentido favorable se manifestaron las SS de 11 de marzo de 1996 y 31 de enero de 2003 y en sentido contrario las de 21 de diciembre de 2002 y 10 de mayo de 2003. Esta última tiene singular significación porque emana del Pleno de la Sala Primera y nació con vocación de unificación fijando el criterio a seguir en la materia. Sin embargo dicha doctrina jurisprudencial debe ser modificada, en el sentido de entender que hay acto de comunicación pública, como consecuencia del criterio interpretativo establecido en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Tercera) de 7 de diciembre de 2006, Asunto prejudicial C-306/05, que exige mantener un criterio uniforme en la materia.

Aplicabilidad de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas al cambio jurisprudencial.—Las normas del ordenamiento jurídico interno deben ser interpretadas por todos los tribunales en el sentido más conforme al Derecho Comunitario, con independencia de que la norma sea anterior o posterior a una Directiva, y que ésta haya sido o no transpuesta mediante ley interna. Nada obsta a que la interpretación de la STJCEE de 7 de diciembre de 2006 se refiera a una Directiva, la 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2001, que es posterior a la demanda del pleito que se enjuicia, porque lo que se toma en consideración no es la regulación de la Directiva, sino una interpretación jurisprudencial (del TJCEE) que es plenamente aplicable a la norma interna (art. 20.1 de la LOPJ 22/1987, y del TR 1/1996), la cual no disiente del Derecho Comunitario; y ello máxime si se tiene en cuenta que ni la norma interna ni la Directiva definen qué es la «Comunicación al público». Por consiguiente, no hay retroactividad normativa (por cierto, tampoco se contradice su prohibición cuando se trata de normas interpretativas o aclaratorias —retroacción impropia—, S 17 de septiembre de 2006), ni se afecta a la *perpetuatio actionis*. Tampoco obsta que la Sentencia del Tribunal de la Unión Europea aluda concretamente a los autores, en tanto el caso que se enjuicia se refiere a los productores de grabaciones audiovisuales, porque, aparte del carácter general de la «comunicación al público» respecto de todos los derechos de propiedad intelectual, en cualquier caso, una elemental regla de lógica formal no permite que una misma cosa pueda ser y no ser a la vez o al mismo tiempo. Por ello, si en el supuesto de los hoteles contemplado hay acto de comunicación pública para los autores también lo hay para los titulares de derechos afines.

Acto de comunicación pública: existencia.—La aplicación del criterio interpretativo expuesto a nuestra normativa interna exige examinar el precepto del artículo 20.1 LPI el cual dispone que «se entenderá por comunicación pública todo acto por el cual una pluralidad de personas puedan tener acceso a la obra sin previa distribución de ejemplares a cada una de ellas», y que «no se entenderá pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico que no esté integrado o conectado a una red de difusión de cualquier tipo». Hay retransmisión porque el hotel receptiona o capta la señal televisiva original o primaria y la transmite —retransmite (radiodifusión secundaria)— a los televisores instalados en las habitaciones. Esta comunicación es a un público nuevo, integrado por la pluralidad de personas, indeterminada e indeterminable, que constituyen la clientela, cuya pluralidad se contempla en las perspectivas acumulativas espacial (conjunto de huéspedes de las diversas habitaciones del hotel) y temporal (los huéspedes sucesivos que ocupan y pueden acceder a la señal), que tienen la accesibilidad —potencialidad— de receptionar la señal difundida. La retransmisión puede tener lugar por cualquier medio técnico alámbrico o inalámbrico, y, además, las habitaciones de los hoteles no tienen carácter «estrictamente doméstico» a los efectos del artículo 20.1 LPI. Por consiguiente, en el supuesto enjuiciado hay acto de comunicación pública de conformidad con el art. 20, apartados 1 y 2, e) y f) LPI 22/1987. (STS de 16 de abril de 2007; ha lugar). [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—La Entidad de Gestión de Derechos de los Productores Audiovisuales (EGEDA) demanda a AL RIMA, S. A., titular de la explotación del hotel «Puente Romano», por qué esta última retransmite por cable a las diferentes habitaciones diversas señales de radio-

difusión, así como las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en los correspondientes programas, utilizando, «para cada una de dichas actividades» un sistema técnico consistente en: 1) un elemento de captación de las ondas que transportan las señales de televisión mediante un sistema doble constituido por una antena similar, aunque de superior potencia, a las denominadas «colectivas» que capta las emisiones terrestres, y una «estación radioeléctrica receptora» –«antena parabólica», y 2) una red de difusión que conecta a cada uno de los espacios comunes y privados (habitaciones y apartamentos) que hace posible la distribución de las emisiones a las mismas. La demandante solicita la suspensión de las actividades de retransmisión, la expresa prohibición de reanudar tales actividades en tanto no sea expresamente autorizada por la actora y que se declare su derecho a ser indemnizada de acuerdo con las tarifas generales de aquélla, conforme al número de habitaciones y apartamentos ocupados en el período durante el que se ha llevado a cabo la actividad ilícita. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por carencia de acción para reclamar la actora al no haber probado su legitimación para la gestión de los derechos que se adjudica, así como falta de litisconsorcio pasivo necesario, por no haber sido llamada al pleito la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE). La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por EGEDA y confirma la sentencia de primera instancia. Contra la sentencia de la Audiencia, EGEDA interpone recurso de casación.

NOTA.–Téngase en cuenta que la sentencia alude al artículo 20 LPI 22/1987, que fue levemente modificado, en su apartado 2, en la redacción que se confirió a la Ley de Propiedad Intelectual por el Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, vigente hasta el 29 de julio de 2006. La sentencia considerada, que supone un cambio en la doctrina jurisprudencial sobre la comunicación pública a través de receptores instalados en las habitaciones de los hoteles, ha sido comentada por el prof. Bercovitz, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 75, sept-dic. 2007, sentencia núm. 2013. (S. M. S.)

104. Copia privada. Justificación del límite.–Se trata de un límite a los derechos de exclusiva de los autores que se ha justificado tanto por argumentos relacionados con el interés social de la creación intelectual, como por argumentos económicos (elevados costes del control) o incluso pragmáticos (inutilidad de prohibir y sancionar la copia privada). Una interpretación del precepto citado con arreglo a la realidad social (art. 3.1 CC) pone de manifiesto que mediante él se trata de controlar un mercado de reproducción de obras de carácter atípico, por cuanto no surge de la conjugación clásica de los mecanismos de la oferta y la demanda, sino que es consecuencia de la puesta a disposición de un gran número de usuarios, por su bajo coste relativo, de aparatos de reproducción de gran rendimiento, el cual aconseja conciliar la admisión de la copia privada dentro de unos estrictos límites con el respeto a los derechos de autor.

Reproducción mediante fotocopias. Distinción de copia privada: RD 1434/1992.–El artículo 31.2 LPI 1987, en relación con el artículo 25 LPI

1987, aplicable a este proceso por razones temporales, establece que «(l)as obras ya divulgadas podrán reproducirse sin autorización del autor en los siguientes casos: (...) (p)ara uso privado del copista y siempre que la copia no sea objeto de utilización colectiva ni lucrativa». Por tanto, la actividad que consiste en reproducir total o parcialmente una obra en el ejercicio de una actividad mercantil y con ánimo de lucro (mediante precio) requiere autorización del autor, pero éste no es el caso planteado, pues la sentencia de instancia afirma que la reproducción de obras por la demandada no se realiza con una finalidad lucrativa. El RD 1434/1992, 27 noviembre, en desarrollo de lo establecido en el artículo 25 LPI (derecho de remuneración por copia privada) en su artículo 10 excluye de la consideración como reproducciones para uso privado del copista también «(l)as efectuadas en establecimientos dedicados a la realización de reproducciones para el público, o que tengan a disposición del público los equipos, aparatos y materiales para su realización». No solamente debe excluirse del concepto de copia privada aquella que tiene un carácter propiamente mercantil por estar orientada al mercado, sino también aquella que, no estando destinada a esta finalidad, es capaz de lesionar seriamente el potencial mercado editorial. En ese sentido debe interpretarse, en el Real Decreto, la expresión de destino al público, que aparece como paralela y distinta de la reproducción para uso colectivo mediante precio. Aquella expresión se refiere a la posibilidad de utilización por parte de un grupo indeterminado de usuarios, más allá de la finalidad estricta profesional o de índole particular por parte del copista, es decir, de la persona o entidad que verifica la reproducción total o parcial de la obra. El derecho de autor puede sufrir serios perjuicios con el uso colectivo no sólo de las reproducciones, sino también de los aparatos reproductores.

El mercado editorial no sólo puede verse perjudicado seriamente por las empresas dedicadas a la explotación de aparatos de reproducción, sino también por los centros o entidades de distinta naturaleza que tienen a disposición de un grupo indeterminado de personas este tipo de aparatos. En estos casos, se daña seriamente el mercado potencial del sector editorial y no puede considerarse compensado por el sistema establecido en el artículo 25 LPI.

Destino mixto de las máquinas fotocopadoras: irrelevancia.—Las anteriores consideraciones conducen a la desestimación del motivo, por cuanto la sentencia recurrida declara probado que la utilización de los aparatos de reproducción por parte de la demandada se encuentra abierta a una pluralidad indeterminada de usuarios, aunque se afirme que esta utilización tenga carácter accesorio, por lo que resulta indiferente el hecho de que primordialmente puedan estar destinadas al uso profesional por parte de los propios funcionarios de la Cámara, desde el momento en que la propia sentencia declara probado, con el carácter inmutable propio de las declaraciones de hechos formuladas por los tribunales de instancia, que no es éste el único uso al que se destinan.

Copias para fines de investigación: excepción del artículo 37 LPI.—Para determinar si es aplicable la excepción prevista en el artículo 37 LPI de 1987, el único elemento que se discute es si se cumple el requisito de que la reproducción se realice exclusivamente para fines de investigación y la prueba compete a la demandante, pero en las actuaciones no consta ningún elemento probatorio que lo justifique. (**STS de 8 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La entidad de gestión Centro Español de Derechos Reográficos –CEDRO– demanda a la Cámara Oficial de Comer-

cio e Industria de Madrid por entender que esta última está obligada a obtener la preceptiva autorización para utilizar las obras cuyos derechos de autor administra, en la modalidad de reproducción mediante fotocopiado u otro procedimiento análogo, y exige asimismo que, mientras no disponga de dicha autorización, deberá suspender la citada actividad, y, en todo caso, ser condenada a indemnizar los daños y perjuicios causados. La Cámara Oficial de Comercio e Industria alega que las copias realizadas por los usuarios en las fotocopiadoras que están ubicadas en sus instalaciones se encuentran exentas, por ley, de tal autorización (bien vía art. 31.2 LPI, como copia privada, bien vía art. 37, como copias realizadas exclusivamente para fines de investigación). El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda por apreciar falta de legitimación activa en la entidad de gestión demandante. La Audiencia Provincial, conociendo en apelación, revoca la sentencia de primera instancia y acoge los pedimentos de la recurrente. La parte demandada interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

NOTA.—Téngase en cuenta que la redacción de la Ley de Propiedad Intelectual citada en la sentencia corresponde a una versión anterior a la actual. La copia privada se recoge actualmente en el artículo 31.2 LPI, conforme a la redacción conferida por Ley 23/2006, con algunas variaciones, que, no obstante, no afectan a la parte del concepto técnico de «copia privada» que se analiza en este fallo. (S. M. S.)

105. Prenda de créditos: admisibilidad.—Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SSTS de 19 de abril de 1977, 27 de octubre de 1999, 25 de junio de 2001, 26 de septiembre de 2002 y 10 de marzo de 2004) admite la validez y eficacia de la prenda de créditos. A mayor abundamiento, nuestro Alto Tribunal señala que el Legislador ha respaldado esta doctrina jurisprudencial en el artículo 90.1.6.º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, al reconocer la aptitud de los créditos para ser objeto de un derecho real de prenda, «con el consiguiente privilegio especial del acreedor pignoraticio».

Prenda en garantía de créditos futuros: admisibilidad.—El Tribunal Supremo señala que si la ley admite la hipoteca en garantía de créditos futuros (art. 142 LH) y la fianza por deudas futuras (art. 1825 CC), no hay obstáculo que impida la constitución de una prenda en garantía de obligaciones futuras. (STS de 20 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Una entidad bancaria interpone una demanda de tercera de mejor derecho contra las empresas A y B, solicitando se dicte sentencia por la que se declare el mejor derecho de la entidad bancaria demandante frente a la ejecutante (la empresa B), en virtud de una póliza de garantía-prenda, a cobrar su crédito contra la empresa A.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia Provincial lo estima, revoca la sentencia de primera instancia y estima la demanda. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

NOTA.—En relación con la prenda de créditos pueden consultarse las obras de Remedios Aranda Rodríguez, *La prenda de*

créditos, Madrid, 1996, y de José Ramón García Vicente, *La prensa de créditos*, Madrid, 2006. (M. J. P. G.)

106. Hipoteca constituida e inscrita después de la compraventa en documento privado. Buena fe del acreedor, que tiene la condición de tercero hipotecario.—En este caso la sentencia recurrida establece en su FJ 2.º que «no existe ninguna prueba, ni aún indiciaria, que acredite el conocimiento por parte de la entidad bancaria de que los bienes hipotecados no eran ya del prestatario», afirmación que se realiza teniendo en cuenta las circunstancias a que se refiere el recurso sin que de las mismas extraiga la Audiencia la existencia de un comportamiento por parte de La Caixa contrario a la buena fe, que se presume (SS de 31 de marzo de 2000 y 17 enero de 2001, entre otras). Sentado lo anterior, es cierto que cabe combatir en casación tal apreciación cuando se revele contraria a las reglas de la lógica y de la racionalidad, lo que ciertamente no ocurre en el caso puesto que al obtener la demandada la garantía hipotecaria de un deudor que aparecía en el Registro como titular del bien hipotecado no puede deducirse que conociera su anterior transmisión por el hecho de que se hubiera finalizado la construcción —aunque el préstamo se contrajera nominalmente para financiarla— o el deudor presentara solicitud de suspensión de pagos ocho meses después, ni por la simple afirmación por la parte recurrente de la existencia de incorrecciones procesales por falta de notificación —lo que es objeto del siguiente motivo— de las que se extrae unilateralmente una intención fraudulenta por parte de la demandada.

Notificación del procedimiento de ejecución hipotecaria en el domicilio que resulta vigente en el Registro de la Propiedad.—La notificación del procedimiento hipotecario a las actoras, como titulares del dominio, se practicó el 24 de noviembre de 1992 en la propia finca y en la persona de la secretaria de la comunidad de propietarios al no hallarse en el mismo a las interesadas, lo que cumple con lo establecido en la norma que se dice vulnerada según la cual «el requerimiento deberá haberse practicado en el domicilio que resulte vigente en el Registro» bien personalmente, si se encontrare en él el deudor o el tercer poseedor, o bien por medio de otras personas entre las que, sin duda, puede encontrarse la propia secretaria de la comunidad. Dicha norma ha de ponerse en relación con la del artículo 130 de la misma Ley Hipotecaria, en cuanto dispone que en la escritura de constitución de la hipoteca el deudor fijará un domicilio para notificaciones que se hará constar en la inscripción de la hipoteca, de forma que el tercer poseedor —según prevé dicha norma— podrá variar «el domicilio que encontrase fijado al tiempo de la adquisición» pero para ello ha de sujetarse a determinadas condiciones y requisitos, cuales son que se haga la nueva designación dentro de la misma población que se hubiere designado en la escritura, o de cualquiera otra que esté enclavada en el término en que radique la finca, pues si se pretende hacer a punto diferente «será necesaria la conformidad del acreedor», todo lo que se hará constar en acta notarial y en el Registro de la Propiedad por nota al margen de la inscripción de la hipoteca. (STS de 16 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Las demandantes habían comprado por documento privado un apartamento, pero la vendedora constituyó siete meses después hipoteca sobre el inmueble vendido, que figuraba inscrito a

su nombre en el Registro de la Propiedad. El acreedor hipotecario inscribió la hipoteca y posteriormente la vendedora otorgó escritura pública de compraventa a favor de las compradoras, expresando que el apartamento estaba libre de cargas, gravámenes y arrendamientos. Más tarde, el acreedor promovió un procedimiento de ejecución hipotecaria y se adjudicó el apartamento en la subasta correspondiente.

Las compradoras demandaron al vendedor y al acreedor hipotecario solicitando que se declarase la nulidad de la hipoteca y de la adjudicación del apartamento a favor del acreedor hipotecario, debido a la mala fe de éste. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda, pero la Audiencia Provincial admitió el recurso de apelación y desestimó íntegramente la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (*L. F. R. S.*)

107. Caducidad de la acción de retracto de colindantes.—Conforme al artículo 1524 CC, sólo cabe ejercitar el derecho de retracto legal en el plazo de nueve días contados desde la inscripción en el Registro, o, en su defecto, desde que el retrayente hubiera tenido conocimiento de la venta. El término inicial del cómputo de ese plazo de caducidad previsto en el anterior precepto es el momento de la inscripción registral, y no en cualquier otro asiento, y menos aún de carácter provisional, al que no cabría anudar la presunción de conocimiento inherente al principio de publicidad registral, tanto más cuanto la anotación en el libro diario del registro no refleja el precio de las compraventas que determinan el retracto ejercitado. De ahí que el asiento de inscripción se fije por la ley como fecha de referencia para el cómputo del plazo de caducidad retractual, pues constituye un medio seguro, que sirve de base al doble fin del conocimiento cabal del negocio por el futuro retrayente y del establecimiento de una fecha cierta para evitar la inseguridad en el tráfico jurídico, eliminando la permanente incertidumbre del comprador respecto a su posible sustitución en la adquisición realizada. (**STS de 11 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Se plantea juicio de retracto de colindantes, donde los demandados se opusieron a la acción retractual alegando, en síntesis, la caducidad de la acción, y ser superior el precio de la compraventa, e insuficiente, por tanto, la cantidad consignada por el retrayente, quien, además, no había consignado la cantidad correspondiente a los gastos necesarios hechos en la finca vendida. El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró el derecho del actor a retraer la finca adquirida por los demandados, condenando a éstos al otorgamiento de la correspondiente escritura de venta a favor del demandante en las mismas condiciones en que la adquirieron, debiendo este último abonar a aquéllos los gastos hechos en la finca como consecuencia de los trabajos desarrollados en ella. El Juez de Primera Instancia basó su decisión en la diferencia que existía entre el precio fijado en el contrato privado de compraventa y el establecido en la escritura pública, cantidad consignada por el actor retrayente. Éste no tenía conocimiento cabal y completo de todas las condiciones de la venta con anterioridad a la inscripción registral, por lo que debía considerarse correcta y eficaz

la consignación de la suma declarada en la escritura, así como ejercitada en plazo la acción de retracto, cuyo término inicial del cómputo debía situarse, por la misma razón, en la fecha de la inscripción, y no en la del asiento de presentación en el Registro de la Propiedad. A la misma conclusión llegan la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo (*S.L.M.*)

108. Retracto de comuneros formulado antes de que se aprobase el remate de la subasta del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH.—Ciertamente, como se indica en tales sentencias, hubo anteriormente otra línea que mantenía que el cómputo empezaba en la escritura pública o su equivalente, el auto de aprobación del remate (como la de 1 de julio de 1991) pero la jurisprudencia moderna acepta que puede ejercitarse la acción de retracto cuando se haya perfeccionado la compraventa (como podría ser un documento privado sin tradición) o se ha celebrado la subasta judicial, con remate y adjudicación (aun antes del auto) puesto que el retrayente conoce todos los términos de la transmisión.

Así, se cumple y no se infringe el artículo 1521 CC pues el retrayente se subroga con las mismas condiciones, en el lugar del que aparece como adquirente en la subasta pública y lo hace en el breve plazo de caducidad desde que tiene, en dicha subasta, conocimiento completo y exhaustivo de los elementos del contrato o más bien, de la transmisión, que no es otro que la subasta. Y así lo mantiene la jurisprudencia reiterada en las últimas décadas, que llega a declarar caducada la acción si deja pasar aquel plazo (la citada S de 30 de octubre de 1990). (**STS de 25 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Una vez verificado el remate de la subasta de una parte indivisa de un inmueble, a consecuencia de un procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH, pero antes de que se dictara el auto de aprobación del remate y adjudicación, el demandante formuló demanda de retracto de comuneros.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda por entender que el retracto sólo podía ejercitarse cuando se dictase el auto de adjudicación. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y admitió la demanda. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación, aunque uno de los magistrados formuló un voto particular coincidente con la solución adoptada por el Juez de Primera Instancia. (*M. C. B.*)

109. Tercero hipotecario. Lo es el adquirente de una finca en procedimiento administrativo de apremio seguido contra el titular registral, aunque la finca pertenezca a persona diferente, que no inscribió su título en el Registro de la Propiedad.—Procede fijar como doctrina que la circunstancia de no pertenecer ya al ejecutado la finca embargada, por habérsela transmitido a otro pero sin constancia registral de la transmisión, no determina la nulidad del acto adquisitivo del tercero por venta judicial o administrativa, pues precisamente por tratarse de una circunstancia relativa al dominio y carecer de constancia registral no puede impedir la adquisición del dominio por quien confió en el Registro y a su vez inscribió. Se trata, en definitiva, de

un efecto combinado de los principios de inoponibilidad y de fe pública registral que sacrifican el derecho real de quien no inscribió, pudiendo haberlo hecho, en beneficio de quien sí lo hizo después de haber confiado en el Registro.

Cumplimiento de todos los requisitos exigidos por el artículo 34 LH.—

De aplicar todo lo antedicho a los dos motivos del presente recurso se desprende la procedencia de su estimación, porque no pudiendo tacharse de nulo el acto adquisitivo de la sociedad adjudicataria en procedimiento de apremio por la sola circunstancia de haberse embargado la finca cuando ya no pertenecía al titular registral, la posterior inscripción salvó la falta de poder de disposición de dicho titular. Se trató de una segunda enajenación hecha por el mismo transmitente, puesto que la escritura pública se otorgó por la autoridad administrativa competente en sustitución del mismo; enajenación que determinó, merced a su posterior inscripción, el mantenimiento de la propiedad del segundo adquirente por aplicación del artículo 34 LH, ya que adquirió la finca de quien registralmente aparecía facultado para transmitir su dominio y el procedimiento administrativo de apremio, con independencia del embargo trabado sobre la finca después de su enajenación al Banco demandante, no adoleció de irregularidad alguna que pudiera determinar la nulidad del acto adquisitivo en el sentido contemplado por el artículo 33 LH, cual hubiera sido la omisión de algún trámite esencial de dicho procedimiento; a todo lo cual, en fin, se une que en ninguna de sus dos demandas acumuladas pidió el Banco actor la nulidad de aquel embargo ni de ninguna otra fase del procedimiento administrativo de apremio, sino única y exclusivamente la de la venta misma.

La sentencia recurrida, por tanto, infringió el artículo de 34 LH, como se aduce en el primer motivo del recurso, ya que pese a la efectiva existencia de sentencias de esta Sala que autorizaban la solución del tribunal de apelación de considerar nula la venta por inexistencia del objeto, y por ello no convalidable mediante la inscripción, el criterio interpretativo de tales sentencias debe ser descartado en virtud de la doctrina que ahora se fija en esta sentencia de casación; como igualmente debe ser rechazado el argumento de la misma sentencia recurrida que para la aplicabilidad del artículo 34 LH parece exigir necesariamente una ulterior transmisión por quien adquirió a consecuencia del procedimiento de apremio, pues según se ha razonado al comienzo del FJ 7.º de esta sentencia de casación dicho artículo 34 ampara también, por sí mismo, a quien de buena fe adquiera a título oneroso del titular registral y a continuación inscriba su derecho, sin necesidad de que se anule o resuelva el de su transmitente. (STS de 5 de marzo de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En 1994, el Banco EC adquirió una parcela de la sociedad P por dación en pago, otorgándose a su favor la correspondiente escritura pública, que no fue inscrita en el Registro de la Propiedad por haberse denegado la inscripción por la existencia de dos defectos subsanables. En 1997, la sociedad IC adquirió la misma parcela en un expediente administrativo de apremio seguido por la Agencia Estatal de la Administración Tributaria seguido contra la sociedad P, inscribiéndose la compraventa en el Registro de la Propiedad.

El Banco EC demandó a las sociedades IC y P y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, solicitando que se declara-

se la nulidad del contrato de compraventa celebrado entre las sociedades demandadas y se ordenase la cancelación de la inscripción registral producidos por el contrato nulo.

El Juez de Primera Instancia desestimó la demanda pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y la demanda. El Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso de casación y confirmó la sentencia del Juez de Primera Instancia. (*M. C. B.*)

110. Tercero hipotecario. Alcance de la protección del artículo 34 LH.—El artículo 34 LH condiciona la protección del tercero al hecho de que él mismo haya inscrito su derecho. La protección ofrecida por dicho precepto no se extiende a momentos anteriores.

En este sentido, la STS de 30 de noviembre de 2004 señala que la protección registral se adquiere en el momento en que se practica la inscripción del tercer adquirente en el que concurran los demás requisitos que el artículo 34 LH señala y únicamente se retrocede a la fecha del asiento de presentación (art. 24 LH), no al momento en que se haya verificado la adquisición. (**STS de 21 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El actor, don C., interpone demanda de juicio declarativo de menor cuantía en ejercicio de tercera de dominio, frente a N. R., S. A. y a J.

El inmueble objeto del litigio fue objeto de embargo en el proceso ejecutivo seguido por J. contra N. R., S. A., mediante providencia judicial de fecha 1 de octubre de 1991. La anotación preventiva de la traba no se practicó, sin embargo, hasta el 17 de diciembre de 1992. El titular registral de la finca en ese momento era N. R., S.A.

La misma finca había sido adquirida por el actor el 19 de mayo de 1992 mediante escritura pública. Sin embargo, la inscripción del dominio del tercerista no se produjo hasta el 20 de mayo de 1993.

La cuestión central del litigio estriba en la determinación del momento en que operan los efectos del principio de la fe pública registral. En primera instancia se estima la demanda, ordenando el Juzgado el levantamiento del embargo. Dicha sentencia es revocada en apelación.

El tercerista interpone recurso de casación, que el Tribunal Supremo desestima al negarle la condición de tercero hipotecario pues su adquisición, aunque previa al embargo, no había tenido acceso al Registro cuando se practicó la anotación de éste. (*B. F. G.*)

111. Procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH. Sólo se produce indefensión cuando el conocimiento tardío impide una adecuada defensa de sus intereses.—Ahora bien corresponde a las partes intervinientes en un proceso mostrar la debida diligencia, sin que pueda alegar indefensión quien se coloca a sí mismo en tal situación o quien no hubiera quedado indefenso de actuar con una diligencia razonablemente exigible, pues si la parte afectada tiene conocimiento por cualquier medio ajeno al proceso de la tramitación del juicio, la diligencia exigible en la defensa de sus intereses le obliga a personarse en el procedimiento subsanando así la

posible infracción cometida por el órgano judicial, de modo que sólo si dicho conocimiento es tan tardío que le impide la adecuada defensa de sus intereses o si, intentada la personación, se le deniega indebidamente, habría una actuación del órgano judicial generadora de indefensión [SSTC 9/1981, 1/1983, 22/1987, 36/1987, 72/1988 y 205/1988)...». La sentencia del mismo Tribunal núm. 148/1988, de 14 de julio, Sala Segunda, Recurso núm. 864/87, también citada, entiende que fue correcta la nulidad de actuaciones decretada por el Juzgado de Primera Instancia en un supuesto de falta de comunicación del proceso al tercer poseedor.

Jurisprudencia constitucional acerca de la indefensión por denegación de prueba.—En definitiva, que en el sentir de la jurisprudencia constitucional sólo hay indefensión por razón de la prueba cuando se priva al litigante de un medio de prueba decisivo para el éxito de su posición (SSTC 35/2001, 165/2001, 168/2002, 1/2004, 88/2004, etc.)... En el caso presente la parte se limitó a manifestar ante la Audiencia, como ahora al formular el presente recurso, que la prueba versaba sobre hechos que no habían sido objeto de posiciones en la primera instancia y ponían en claro determinados extremos erróneos de la sentencia que se apelaba. Ni en ese momento, ni al interponer el recurso de casación, ha puesto de manifiesto a qué extremos se refería, por lo que no puede formularse juicio alguno acerca de la relevancia que la absolución de posiciones por el legal representante de la parte demandada podía tener para el resultado del proceso y, en consecuencia, la eventual indefensión que se le habría producido al denegarse su práctica.

Notificación de las subastas en el lugar de ubicación de la finca.—Dicha finalidad se cumplió mediante la notificación llevada a cabo en la persona del legal representante de la mercantil arrendataria, sin que pueda aceptarse la protesta de la hoy recurrente en el sentido de no haber recibido dicha notificación, pues, como se dijo, la misma no ha de ser en forma personal y surte plenos efectos cuando se practica con las personas a las que se refiere el artículo 268 LEC de 1881. Así lo ha entendido esta Sala en sentencia, entre otras, de 17 de febrero de 1997, al sostener que el lugar legalmente previsto para la notificación es «... el de ubicación de la finca, no alterable por convenio alguno al constituirse la hipoteca». Por otro lado difícilmente puede sostener la parte recurrente haber sufrido indefensión cuando consta que su letrado compareció ante el Juzgado y tomó conocimiento de los autos el día antes de la fecha de celebración de la primera subasta —que quedó desierta— instruyéndose del contenido de los mismos y tomando conocimiento de la fecha señalada para las sucesivas subastas.

No hay abuso del derecho cuando el demandante pudo haber evitado el daño mediante una actuación amparada en la ley.—Las SS de esta Sala de 28 de enero de 2005 y 25 de enero de 2006, en relación con la doctrina sobre el abuso del derecho recuerdan que «la doctrina jurisprudencial exige para su apreciación como elementos esenciales: *a*) el uso de un derecho objetivo y externamente legal; *b*) daño a un interés, no protegido por una específica prerrogativa jurídica, y *c*) la inmoralidad o antisocialidad de ese daño, manifestada en forma subjetiva (ejercicio del derecho con intención de dañar, o sin verdadero interés en ejercitarlo «ausencia de interés legítimo»), o en forma objetiva (ejercicio anormal del derecho, de modo contrario a los fines económico-sociales del mismo)—SS entre otras, 21 de diciembre de 2000, 16 de mayo y 12 de julio de 2001, 2 de julio de 2002 y 13 de junio de 2003, entre otras—. A estos requisitos ha de añadirse que el daño causado —en este caso protegido por una prerrogativa jurídica, como es la de participación del pro-

pio acreedor como postor en las subastas— no haya podido ser evitado por el sujeto pasivo que lo sufre mediante una actuación igualmente amparada en la ley, tal como se le ofrecía mediante la mejora de la postura obtenida en la subasta, por sí o por tercero. (STS de 24 de mayo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—El demandante solicitó que se declarase la nulidad de determinadas actuaciones del procedimiento judicial sumario del artículo 131 LH por no haberse acompañado a la certificación del saldo deudor el extracto de la cuenta correspondiente, por no haber sido notificado personalmente el anuncio de las fechas previstas para las subastas y, finalmente, por haberse adjudicado la demandada la finca por un valor muy inferior al de la tasación.

La solicitud fue desestimada por el Juez de Primera Instancia. La Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo ratificaron esa decisión. (L. F. R. S.)

DERECHO DE FAMILIA

112. Sociedad de gananciales: calificación del consentimiento uxorio ex artículo 1413 CC: Derecho transitorio.—La cuestión planteada se centra en determinar si el consentimiento otorgado por la actora en favor del esposo demandado para la venta de inmuebles de la sociedad conyugal todavía no extinguida constituía un consentimiento uxorio regulado en 1973 por el artículo 1413 CC, o, por el contrario, se trataba en realidad de un mandato otorgado al marido para la venta de los bienes con vistas a la liquidación del patrimonio conyugal habida cuenta de las circunstancias en que se prestó, una vez presentada en Venezuela la demanda de divorcio, pero antes de la sentencia, y para su utilización en España. Es doctrina de esta Sala que sólo puede prosperar en casación una alegación de disconformidad con la interpretación o calificación realizada por el tribunal de instancia cuando esta exégesis contradice abiertamente el espíritu o la letra del texto interpretado. En el caso examinado no se advierte que la interpretación y la calificación de la Audiencia sean contrarias a la lógica, pues se destaca correctamente que el consentimiento uxorio se prestó para cubrir la exigencia del artículo 1413 CC, cosa que impide, en función de la prevalencia de la interpretación literal, atribuirle efectos más allá de sus estrictos términos limitados a la subsistencia del matrimonio, teniendo además en cuenta que con posterioridad a la declaración del divorcio ambos ex cónyuges otorgaron mandato a una tercera persona para la venta de los bienes a una tercera persona.

Consecuencias de la falta del consentimiento uxorio antes de la reforma de la Ley 11/1981: doctrina inaplicable a la venta de bienes gananciales hecha exclusivamente por el ex marido: inaplicabilidad del plazo de caducidad.—Con anterioridad a la reforma de 1981, la trascendencia de la falta del consentimiento uxorio en las enajenaciones de bienes gananciales realizadas por el marido no encontró una solución unívoca en la doctrina, pues para unos determinaba la inexistencia o nulidad radical del negocio, para otros la anulabilidad o nulidad relativa y para un tercer sector la rescindibilidad o ineficacia parcial, y estas vacilaciones también se reflejaron en la jurisprudencia, aunque las más recientes optan por la anulabilidad, solución

que también adopta el vigente artículo 1322 salvo cuando se trata de enajenación a título gratuito. Pero la sentencia impugnada no se refiere a un supuesto de falta de consentimiento uxorio, sino que, con referencia a la venta realizada después de la sentencia de divorcio, antes de liquidar la sociedad conyugal, declara la inexistencia del contrato otorgado unilateralmente por el ex marido, por falta de consentimiento de uno de los condóminos, en congruencia con la existencia de una comunidad posganancial que se rige por las normas de la comunidad ordinaria (SSTS de 6 de junio y 21 de noviembre de 1997, 3 de marzo y 19 de junio de 1998, 7 de diciembre de 1999 y 13 de diciembre de 2006, entre otras) respecto de la cual no cabe la alteración de la cosa común y, consiguientemente, la enajenación, sin consentimiento de todos los condóminos (art. 397 CC, y SSTS de 25 de junio de 1995, 31 de marzo de 1997 y 23 enero 2003). No se advierte que se haya infringido el artículo 1301 CC, al ser inaplicable. (**STS de 9 de mayo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—Inicialmente hay un problema de Derecho Internacional Privado que la sentencia extractada simplemente obvia, aunque las sentencias de instancia aluden hipotéticamente a las posibles soluciones. Litigan fundamentalmente dos ex cónyuges que, al divorciarse, ostentan, al parecer, la nacionalidad venezolana aunque en ese momento detentan la titularidad de inmuebles radicados en España. En ningún momento se determina su nacionalidad al tiempo de contraer matrimonio civil cuando éste en España estaba regido por estrictos requisitos, y obtienen el divorcio en Venezuela en 1974 cuando éste no se reconocía por nuestro ordenamiento; y tampoco se habla de que lo intentaran después de 1981. El tema fundamental es el de la validez de una venta de inmuebles otorgada unilateralmente por el marido amparándose en un consentimiento uxorio concedido por la mujer después de la presentación de la demanda de divorcio, pero antes de dictarse sentencia; en el interregno ambos ex cónyuges otorgan poder de venta de inmuebles a un tercero. La aplicación al caso del derecho español no aparece explicada en ningún momento en la sentencia.

En cuanto al fondo la sentencia es razonable siendo oportuna la aplicación al caso de la doctrina de la comunidad posganancial. (*G. G. C.*)

113. Gananciales: extinción y liquidación por separación o divorcio: carácter de ciertas retribuciones relacionadas con el trabajo: doctrina general.—La liquidación de la sociedad de gananciales una vez disuelta por separación o divorcio, ha venido presentando últimamente una alta conflictividad, lo que ha obligado a esta Sala a pronunciarse repetidas veces sobre problemas relativos a la pertenencia o no a la sociedad de algunas indemnizaciones o retribuciones relacionadas con el trabajo de uno de los cónyuges, para llegar a conclusiones que permitan obtener una regla que pueda resultar aplicable a casos semejantes. 1.º) Por lo que se refiere a las pensiones de jubilación, es doctrina consolidada que las generadas después de la disolución de gananciales es un bien de naturaleza privativa, como afirma la STS de 29 de junio de 2000; por su parte la STS de 20 de diciembre de 2003 declaró que la pensión controvertida corresponde exclusivamente al

esposo que la generó con su actividad laboral, y su nacimiento y su extinción dependen de vicisitudes estrictamente personales del mismo; en el mismo sentido la STS de 20 de diciembre de 2004 por tratarse de un derecho personal del trabajador al que no le es aplicable el artículo 1358. 2.º) Las pensiones por jubilación anticipada, o, con mayor propiedad, la indemnización por extinción de la relación laboral en un plan de bajas incentivadas de la empresa, la STS de 22 de diciembre de 1999 entendió que dicha prestación no retribuye un trabajo precedente, ni constituye un complemento de los sueldos percibidos, sino que proviene de la pérdida de dicho trabajo por jubilación anticipada, que se ha obtenido después de la separación, poseyendo una clara proyección de futuro, ajena a los principios de la sociedad de gananciales. 3.º) La STS de 25 de marzo de 1988, referida al régimen navarro de sociedad de conquistas, excluye de los bienes privativos a las indemnizaciones recibidas por el esposo mediante una póliza de seguros que cubría el riesgo de invalidez, toda vez que su carácter es totalmente patrimonial, basado en su derecho al trabajo, pero que no se confunde con éste, que se hace común en el momento en que se percibe por el beneficiario trabajador, y al disolverse la sociedad ha de liquidarse y repartirse entre ambos cónyuges o sus herederos. 4.º) La STS de 27 de febrero de 2007 ha considerado que los planes de pensiones del sistema de empleo, no hechos efectivos en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, en los que la sociedad no había efectuado ninguna inversión, debían considerarse privativos del marido. 5.º) En el caso del presente pleito, la STS de 29 de junio de 2005 declara tajantemente que la indemnización por despido improcedente es un bien adquirido tras la extinción de la comunidad de gananciales y no pertenece, retroactivamente, a ésta, sino que es un bien de la persona que lo adquiere; este argumento se complementa con lo que se afirma en la STS de 20 de diciembre de 2003, que considera que lo percibido por el pensionista vigente la sociedad de gananciales tiene aquella condición. El resumen de la doctrina de esta Sala lleva a la conclusión de que *existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, debe tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, queda excluida de la sociedad y formará parte de los bienes privativos de quien la percibió; estos dos elementos son: a) la fecha de percepción de estos emolumentos, de si se adquirieron durante la sociedad o después de su disolución, y b) debe distinguirse entre el derecho a cobrar estas prestaciones que debe ser considerado como un componente de los derechos de la personalidad, que no son gananciales por ser intransmisibles, mientras que los rendimientos de esos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad, tendrán este carácter.*

Indemnización por despido percibida durante la vigencia de la sociedad.—Si bien es cierto que el derecho a ser resarcido por la pérdida del trabajo tiene un fuerte componente moral, también lo es que en este caso se cumplen los dos requisitos que la doctrina jurisprudencial exige para que tenga carácter ganancial, puesto que se ha percibido pocos meses antes de la disolución, y es una consecuencia económica del trabajo efectuado por su perceptor, que, además, debe calcularse según los parámetros referidos al salario percibido hasta aquel momento y no se pierde por la obtención de un trabajo posterior a la sentencia que la reconoce; en suma, estas indemnizaciones deben seguir el mismo régimen que el salario en relación a su condición de gananciales. (STS de 26 de junio de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.] (G. G. C.)

114. Gananciales: liquidación: carácter del inmueble adquirido conjuntamente antes del matrimonio, luego enajenado y su precio reinvertido.—El matrimonio se celebró en 1982 y el piso se adquirió conjuntamente, y por mitades, en 1980, por lo cual dicho inmueble nunca tuvo carácter ganancial sino privativo; después de casados lo venden, invirtiendo lo obtenido en la adquisición de otra vivienda, la cual sí adquirió dicho carácter, produciéndose una comunicación de los patrimonios privativos al ganancial; al hacerlo ambos cónyuges conjuntamente con sus bienes privativos, no se podía hablar de un crédito de la esposa contra la sociedad de gananciales por la aportación de un bien que nunca había sido ganancial, pero en igual situación se encontraba su esposo.

Artículo 1353: donación de los padres de la esposa hecha exclusivamente en favor de ésta.—El artículo 1353 CC establece una presunción de ganancialidad de los bienes donados por terceros a los cónyuges, siempre que concurren los siguientes requisitos: *a)* que la liberalidad haya sido aceptada por ambos cónyuges; *b)* que el donante no haya establecido lo contrario, y *c)* que se trata de una presunción que admite prueba en contrario. En este caso no se cumple el primer requisito pues el documento bancario declara que la cantidad discutida se ingresó a favor de la esposa. Por otra parte, la inversión de la cantidad donada por los padres en la adquisición de un bien ganancial no la transforma *per se* en ganancial, sino que genera una deuda de la sociedad si se ha invertido a favor de ésta.

Formación de lotes en la división de gananciales.—La regla que regula la formación de los lotes en la división de la sociedad de gananciales, que el Código Civil no enuncia pero que se da por supuesta es que *las adjudicaciones satisfactivas del haber se deben realizar conservando entre los partícipes la posible igualdad y haciendo lotes con cosas de la misma naturaleza, especie y calidad*. La regla de preferencia contenida en el apartado 4.º del artículo 1406 sólo es aplicable a la disolución por muerte, y no por divorcio. La regla del artículo 96 CC no afecta a la titularidad del inmueble destinado a vivienda, sino a su uso, porque los intereses protegidos en el proceso matrimonial en que se incardina el artículo 96 CC, son fundamentalmente los de los hijos menores, a quienes la ruptura debe perjudicar lo menos posible, y esta finalidad no existe en el procedimiento actual que ha sido planteado al no llegar a un acuerdo en ejecución de una sentencia de divorcio. (**STS de 9 de mayo de 2007**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—Sobre el carácter excepcional del artículo 1353 CC véase el com. de Pretel, en *Com. Min. Justicia*, II, p. 660. La regla general figura en el artículo 1346, núm. 2.º, que declara bienes privativos los bienes adquiridos por los cónyuges, a título gratuito, después de celebrado el matrimonio. En el presente caso el marido pretendía que la aportación dineraria a la mujer, hecha por sus padres para la adquisición de la segunda vivienda, lo había sido conjuntamente, circunstancia que deniega la sentencia extractada. (*G. G. C.*)

115. Gananciales: liquidación por divorcio: el derecho a pedir la división de la vivienda es compatible con el derecho de uso atribuido a un cónyuge con uno de los hijos.—La sentencia recurrida es absolutamente concordante con la jurisprudencia de esta Sala, que mantiene la posibilidad

del ejercicio de la acción de división a pesar de la existencia y vigencia del uso atribuido a los hijos o al otro cónyuge; en este punto la Sala ha compaginado los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con el artículo 400 CC y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 CC, de manera que las SSTs de 28 de marzo de 2003 y 6 de mayo de 2006, resumiendo otras anteriores, afirman que la doctrina reiterada de esta Sala al abordar supuestos análogos al presente sostiene la posibilidad de ejercicio de la acción de división si bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes; en efecto, la acción de división de la comunidad representa un derecho indiscutible e incondicional para cualquier copropietario, de tal naturaleza que su ejercicio no está sometido a circunstancia obstativa alguna, salvo el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo no superior a diez años, por lo que los demás comuneros no pueden impedir el uso del derecho a separarse que corresponde a cualquiera de ellos, ni el ejercicio de la acción procesal al respecto; en el caso de que en virtud de un derecho de usufructo o de uso esté atribuida la utilización de la cosa común a uno de los cotitulares, ello supone la exclusión de los demás respecto de dicho uso o disfrute, pero no les priva de la posibilidad de pedir la división de la cosa; la cesación de la comunidad no afecta a la subsistencia del derecho de uso (cualquiera sea su naturaleza) que corresponde al otro cotitular, ex cónyuge, en virtud de sentencia de divorcio; por lo tanto, el derecho de uso se mantiene indemne y una eventual venta de la cosa en subasta pública debe garantizar la subsistencia de aquella medida, que sólo puede ser modificada por la voluntad de los interesados, o por decisión judicial adoptada por el órgano jurisdiccional competente en relación con el derecho matrimonial en que se adoptó.

El valor del derecho de uso no debe computarse en la valoración del inmueble.—El derecho del uso de la vivienda en favor del hijo común y de la madre, mientras conviva o se solicite la modificación judicial de la medida, afecta a la propiedad en su conjunto, de manera que el inmueble debe valorarse en su totalidad, y el derecho existente influirá sin duda en el precio total que pueda obtenerse en la subasta, si bien la disminución del valor debe ser soportada por ambos propietarios de forma igual y no sólo por el marido. (STS de 27 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

NOTA.—La reintroducción del divorcio en 1981 vino acompañada por varias medidas legales protectoras de la parte más débil o vulnerable, pero últimamente se observa un cierto movimiento jurisprudencial encaminado a recortar tales medidas. Incluso la reforma del 2005 al contemplar expresamente que la pensión compensatoria pueda ser temporal sólo ha venido a ratificar criterios sustentados anteriormente, y con resolución, por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo El derecho de uso de la vivienda que había sido hogar familiar es otro de los puntos últimamente más debatidos. Nada que objetar a la doctrina jurisprudencial consolidada a partir de los años 90 del siglo pasado sobre la compatibilidad entre el derecho a pedir la división de la vivienda por parte de uno de los cónyuges y el derecho de uso atribuido judicialmente al otro, eventualmente con algún hijo común. Es correcta la doctrina sobre la compatibilidad de ambos derechos, pero la práctica muestra demasiados casos en que la mujer y los hijos se han visto despojados de

sus derechos a seguir ocupando la vivienda. Con acierto la sentencia llama la atención sobre la necesidad de que en las subastas judiciales se adopten precauciones para que se respeten aquéllos, y es de desear que las mismas se extiendan a otros supuestos.

El derecho de uso representa una *carga*, tanto en sentido económico como jurídico, que minusvalora el inmueble; pero el marido pretendía que, de algún modo, se capitalizase a la hora de distribuirse el precio que se obtuviera con la subasta (en este caso lo valoraba en un tercio del total del precio); original pretensión que el Tribunal Supremo rechaza acertadamente (*G. G. C.*)

DERECHO MERCANTIL

116. Acto de competencia desleal: utilización de logotipo y personajes notorios. Los productos comercializados por las actoras poseen una singularidad distintiva tal y una notoriedad en el tráfico comercial, que su sola presencia provoca que el gran público crea que se halla ante productos de esa procedencia.—El riesgo de asociación consiste en la confusión que se produce en los consumidores al crear en los mismos la creencia errónea acerca de que los productos (el que se imita y el imitado) tienen el mismo origen empresarial. El riesgo de asociación se contempla en el artículo 6.º LCD como causa más genérica y en el artículo 11 de la propia Ley como una aplicación concreta (S 19 de junio de 2003), haciendo referencia el artículo 11 a la imitación del producto y el artículo 6.º a la imitación de la presentación en el mercado (SS 11 de mayo de 2004 y 7 de julio de 2006). Es suficiente que se cree el riesgo y la probabilidad fundada del error en el consumidor acerca de que los productos proceden del empresario genuino (regla *a minori ad maius*). Para apreciar el riesgo, se habrá de tomar en cuenta, en el aspecto subjetivo, el tipo de consumidor medio, el que normalmente no se detiene en una minuciosa comparación o comprobación o no se para en los pequeños detalles, y, en el aspecto objetivo, la impresión visual del conjunto que revele la identidad o semejanza, en cuyo aspecto debe prevalecer el juicio de la instancia siempre que la base fáctica no resulte desvirtuada mediante la apreciación de error en la valoración probatoria, y el juicio jurídico sobre la aplicación del concepto jurídico indeterminado a los hechos fijados resulte razonable y coherente. Y en cuanto a la alusión a que el riesgo de error en el consumidor resulta excluido por la propia singularidad distintiva y notoriedad en el tráfico comercial de los productos comercializados por las actoras supone desconocer que una cosa es la distinguibilidad —«distintividad»— de un producto por el gran público, y otra el nivel de semejanza del que le imita, susceptible de crear el riesgo de asociación constitutivo de ilícito competencial.

Daños morales en relación con la infracción de los derechos de propiedad intelectual. Prueba de los daños morales: artículo 125 LPI.—La sentencia recurrida entiende que la realidad del daño ha de ser probada salvo que *ex re ipsa* resulte evidenciada, como una consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado o cuando la propia norma anuda la consecuencia resarcitoria a la sola actuación antijurídica (como el art. 3 de la LO 1/1982). Pero la norma legal, que es la reguladora de la indemnización de daños materiales y morales causados en sede de propiedad intelectual (art. 23 LPI 1987;

138 TRLPI), no presume ni unos ni otros por la sola concurrencia de un ilícito en la materia. El artículo 23 habla de daños «causados» y el 125, párrafo segundo, *a contrario sensu*, admite que pueda no haber perjuicio económico, sin que sea parangonable el precepto de la Ley de Propiedad Intelectual con el del artículo 9 de la LO 1/82, porque en el apartado 3 de esta última norma claramente se establece la presunción —«la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima—, lo que no sucede en el artículo 125 LPI, que es el objeto de aplicación. No obstante, respecto de la posible aplicación en la materia de la doctrina *in re ipsa loquitur*, con arreglo a la cual la realidad del daño puede estimarse existente cuando resulte «evidente»; es decir, como señala la propia resolución recurrida, «cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado», cuya doctrina, con diversas perspectivas, ha sido acogida por esta Sala en numerosas resoluciones (SS, entre otras, 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006). Aplicando la doctrina anterior al caso de autos resulta razonable su aplicación, porque la utilización comercial por las demandadas de signos de las actoras —«tipos de letra de carácter distintivo», «representación de personajes», etc.— responde a una imitación de presentación de los productos para comercializar mejor sus películas al crear en los consumidores el riesgo asociativo, esto es, la creencia del mismo origen que los productos notoriamente conocidos Jon. Pero la evidencia de una realidad exige conocer cuál es esta realidad, es decir, la esfera del perjudicado o aspecto concreto moral que se considera dañado, sin requerir más prueba cuando la apariencia crea el convencimiento de su existencia. En el caso, la parte demandante no especifica en qué consiste el daño moral sufrido, —pues no puede derivarse de la mera utilización comercial—. (STS de 12 de junio de 2007; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—*Walt Disney Company y Buena Vista Home Entertainment* interponen demanda contra otra entidad, alegando infracción de los derechos de propiedad de que es titular, por el uso, en la carátula de unos vídeos comercializados por esta última, de las letras que utiliza Walt Disney en su logotipo desde los años 30 y de los personajes tradicionalmente asociados a dicha firma. El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda, acogiendo todas las peticiones, salvo las relativas a la indemnización de daños y a la publicación de la sentencia. La Audiencia Provincial, al conocer del recurso de apelación, revoca la resolución del Juzgado en los extremos desestimados por ésta. Los demandados interponen recurso de casación. (S. M. S.)

117. Título-valor. Transmisión del título: improcedencia.—No puede entenderse transmitida su titularidad si falta la causa de la transmisión y no ha habido tráfico o circulación cambiaria que permita aflorar a favor del tenedor su carácter abstracto; y así ocurre, no solamente cuando la adquisición por el tenedor se hace a sabiendas en perjuicio del deudor, sino también cuando el endoso se realiza simulando la transmisión del título en perjuicio del acreedor que pretende hacer efectivo su crédito ejecutando el que pesa sobre el deudor cambiario, puesto que la configuración abstracta del derecho atribuido al titular cambiario, ajena a las relaciones jurídicas entre los anteriores titulares y el obligado cambiario, se funda en el carácter de tercero y en la adquisición de buena fe.

Título-valor. Pagaré. Endoso en blanco: admisión.—Las disposiciones relativas al endoso de la letra de cambio contenidas en los artículos 14 a 24 LCCH son aplicables al pagaré (art. 96 LCCH). La LCCH permite el endoso en blanco (art. 16 LCCH) y permite al endosatario que, sin completar endoso en blanco y sin endosar el título, lo entregue a un tercero (art. 17.3 LCCH). En consecuencia, podría aceptarse que la circunstancia de que sin constancia cartular los títulos hayan pasado por más de un tenedor no es suficiente para entender que carece de titularidad el último que adquiere su posesión y la justifica mediante un solo endoso en blanco con la firma del tomador endosante consignada al dorso del documento.

Título-valor. Pagaré. Excepciones y tercería de dominio.—Las excepciones basadas en la falta de causa del título o del endoso no sólo pueden hacerse valer por el deudor frente al tomador o frente al tenedor posterior que ha adquirido el título a sabiendas en perjuicio del deudor (art. 67 LCCH, sino también por el acreedor ejecutante frente al tenedor que, habiendo adquirido el título simuladamente para eludir la acción ejecutiva sobre el título cambiario, ejercita una acción de tercería de dominio. La tercería de dominio guarda alguna relación con la acción cambiaria, en cuanto se trata de una acción declarativa en la que se hace valer la titularidad del efecto, dada su finalidad de levantar el embargo trabado sobre el título valor justificando que su titularidad no corresponde al deudor ejecutado, sino al tercero que la invoca.

Tercería de dominio.—La jurisprudencia tiene declarado que esta acción tiene por objeto la declaración de propiedad a favor del demandante-tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia de un codemandado sobre un bien que aparentemente era de otro codemandado. (STS de 26 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La mercantil *Olmos y Bret, S. A.*, interpuso demanda contra la *Federació Farmacèutica Sdad. Coop.* y doña Araceli en virtud de tercería de dominio se declare la plena titularidad, la legítima tenencia y en consecuencia, la plena propiedad de la accionante de ciertos pagarés. El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sant Feliu de Guixols desestimó la demanda. La Sección 2.^a de la Audiencia Provincial de Girona desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

118. Pago de cheque falso. Responsabilidad del librado.—La jurisprudencia, en la línea igualmente recogida por el artículo 156 LCCh, ha venido manteniendo la responsabilidad en el pago de cheques falsos o falsificados del banco librado, actuando negligentemente o por error, y aun cuando hubiere sido de buena fe, responsabilidad que se mantiene incluso en los supuestos de falsificación de dichos libramientos de pago; el librado ha de guardar la debida diligencia a fin de evitar perjuicios al librador abonando talones a terceros en perjuicio del mismo, responsabilidad que se extiende al abono de cheques falso (*vid.* SSTS de 3 de enero de 1994, 9 de febrero de 1998, y 24 de marzo y 25 de noviembre de 2003). La diligencia exigible al Banco no es la de un buen padre de familia, sino la que corresponde como Banco, comerciante experto que, normalmente, ejerce funciones de depósito y comisión, por lo cual, según establecen los artículos 255 y 307 CCO, se le exige un cuidado especial en estas funciones (SSTS de 15 de julio de 1988 y 9 de febrero de 1998).

Cheques con firma estampillada. Aceptación inadmisiblesi el Banco no está autorizado.—Esta obligación de especial diligencia deriva, al mismo tiempo, del cumplimiento del contrato de cuenta corriente, cuando no se ha probado que el Banco estuviese autorizado para aceptar cheques estampillados sin la firma autógrafa del librador. En efecto, para la validez del cheque, el artículo 106 LCCh establece los requisitos que debe contener, entre los que se encuentran, la firma (librador). A tal efecto, la STS de 17 de mayo de 2000 consideró que el Banco librado había actuado negligentemente cuando pagó «[d]istintos y numerosos talones, en los cuales la firma del antes mencionado apoderado no aparece manuscrita sino estampillada, y que no se había pactado ni se permitió en ningún momento por aquélla a la entidad bancaria el dar por buena y como auténtica otra firma que no fuera la manuscrita por el mencionado apoderado, es evidente que el Banco ha abonado, como válidos, cheques nulos» y ello porque el artículo 107 LCCh establece que el título que carezca de alguno de los requisitos indicados en el artículo precedente (el 106), no se considera cheque. De esta manera, «la entidad bancaria está obligada a mantener una actitud diligente respecto al pago de cheques y debe verificar que el título está correctamente firmado por el librador, de manera que ha de realizar una labor de comprobación de los requisitos intrínsecos y extrínsecos del talón, y en el supuesto de que mantenga una conducta negligente en las labores de comprobación incurrirá en responsabilidad contractual, sin que sea aplicable aquí la regla del artículo 156 de la Ley Cambiaria y del Cheque, que hace referencia a los cheques falsos o falsificados pero no a los nulos».

Exoneración o reducción de la responsabilidad del librado por pago de cheque falsificado por culpa del librador. La culpa del librador debe ser de tal entidad que minimice la del librado.—Sólo cuando se haya acreditado la culpa del librador puede exonerarse al librado de la obligación de responder (STS de 3 de enero de 1994). La aplicación de la excepción contenida en el artículo 156 LCCh para exonerar o hacer compartir la responsabilidad por la falsificación de un cheque debe ser probada de forma exacta, porque la norma general es la de que el librado responde; la jurisprudencia sólo ha aceptado que se comparta cuando se ha probado que la culpa o negligencia del librador era de tal entidad que minimizaba la del librado en el pago del cheque: como afirman las SSTS de 15 de julio de 1988 y 9 de febrero de 1998, el Banco en el contrato de cuenta corriente en que se inserta el cheque debe comprobar la firma del cliente y si está autorizada o no y no se ha probado en el caso actual que se hubiese pactado la admisión del tipo de firma que se utilizó. (STS de 29 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—Don J. había desempeñado el cargo de contable en la empresa *L., S. L.* y no estaba autorizado a utilizar la firma social. Entre 1986 y 1991 falsificó una serie de cheques mediante la utilización de una firma estampillada de uno de los dos administradores de la empresa, lo que reconoció en una escritura notarial. Por estos hechos, se siguieron diligencias penales contra el mencionado contable que fueron archivadas. Estos cheques habían sido cargados en la cuenta que la empresa *L.* tenía en una sucursal del banco *B.*, quien nunca verificó la autenticidad de las firmas.

L., S. L., presentó demanda contra el banco, solicitando que se le condenara al reintegro de las cantidades indebidamente pagadas a persona no legitimada.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, absolviendo al banco demandado. Interpuesto recurso de apelación por *L., S. L.*, la Audiencia Provincial lo estimó, revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de condenar a *B., S. A.*, al abono del importe de los cheques. Contra esa sentencia, el banco recurrió en casación, siendo desestimado el recurso por el Tribunal Supremo. (*F. J. J. M.*)

119. Enriquecimiento injusto. Cobro de lo indebido: concepto.—El artículo 1895 CC, precepto que contempla el llamado «cuasi contrato de cobro de lo indebido», a partir de que se haya recibido una cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada, y supone que la entrega de la cosa no obedezca a (o tenga su causa en) una relación preestablecida entre las partes.

Contrato de suministro. Alcance.—Las condiciones bajo las que adquiere el suministrador la cosa que después revende, a su vez para que el expendedor la revenda, no influyen en la relación suministrador-expendedor siempre que se guarden los principios de integridad, identidad y tempestividad del pago. Salvo disposición legal, judicial o contractual que otra cosa determine, el vendedor no está obligado a trasladar al comprador las condiciones que obtenga en el contrato por el que adquiere la mercadería que ha de vender. (**STS de 28 de junio de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Montés Penades.]

HECHOS.—La mercantil *Shell España, S. A.*, interpuso demanda contra don Juan Miguel y doña Ángela suplicando que se declare nula la resolución unilateral del contrato de concesión que ligaba a las partes. La parte demandada formuló reconvencción por cobro de lo indebido. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Santa Cruz estimó parcialmente la demanda y la reconvencción. La Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación instada por la mercantil *Shell España, S. A.*, y no haber lugar a la casación formulada por la parte actora (*N. D. L.*)

120. Contrato de abanderamiento. Admisibilidad.—Resulta compatible con la normativa comunitaria por el hecho de que, dentro de las exclusiones autorizadas por el artículo 81 figuran las consideradas en los artículos 10 y 11 del Reglamento [CEE] núm. 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, en los cuales se permiten los contratos de exclusiva de abastecimiento cuando el operador no desarrolla la misma actividad de venta de productos en la misma área geográfica a otros revendedores; pero para estos contratos de exclusiva se requiere que se hayan proporcionado al revendedor determinadas ventajas en instalaciones, en locales, equipamientos, etc.

Contrato de abanderamiento. Indemnización por incumplimiento de la cláusula de exclusividad.—Carece de justificación, a tenor de la *exceptio non adimpleti contractus* [excepción de contrato incumplido], cuando la cedente ha incumplido por su parte obligaciones esenciales cifradas en la

cláusula de mejor precio y de realización de obras e inversiones para el suministro de imagen a la estación de servicio concesionaria. (STS de 29 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—*Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.*, presentó demanda contra D. D. por incumplimiento del contrato de abanderamiento, cooperación y exclusiva de suministro sucrito entre la partes solicitando indemnización por incumplimiento por el demandado del pacto de suministrarse en exclusiva de carburantes y combustibles en favor de Repsol. El Juzgado de Primera núm. 8 de Burgos desestimó la demanda. La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Burgos confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

121. Transporte marítimo. Daños por mal estado del buque.—Al deberse los daños ocasionados en la carga almacenada en la bodega a no encontrarse el buque en adecuado estado de conservación, por lo que puede sostenerse que de encontrarse el buque en condiciones adecuadas de navegabilidad y, sobre todo, con las necesarias para la conservación de la mercancía, ésta no hubiera sufrido el daño debiéndose el daño al estado del buque. (STS de 27 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sra. Dña. Encarnación Roca Trías.]

HECHOS.—La entidad mercantil *Cervantes, S. A, Compañía Española de Seguros y Reaseguros (Cervantes Helvetia Seguros)* interpuso demanda contra *Beykim Petrolculuk Gemi Isletmeciligi Sanayi Ve Ticaret A. S.* y contra *The Ocean Marine Mutual Insurance Association Limited* en la que se solicitaba entre otros extremos, que se indemnización de los daños sufridos por la mercancía transportada. El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Castellón de La Plana estimó la demanda. La Sección 3.^a de la Audiencia Provincial de Castellón desestimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

122. Contrato de agencia. Subcontratación no autorizada.—La existencia de una subcontratación no autorizada del servicio de taller y recambios, dado el tipo de contrato de agencia de que se trata, reviste carácter grave, o al menos con la suficiente entidad para justificar la resolución contractual por incumplimiento ex artículo 1124 CC

Contrato de agencia. Indemnización: improcedencia en caso de incumplimiento del agente.—El texto del apartado 1.a) del artículo 30 de la Ley de Contrato de Agencia no ofrece ninguna duda en cuanto establece que el agente no tendrá derecho a la indemnización por clientela o de daños y perjuicios cuando el empresario hubiese extinguido el contrato por causa de incumplimiento de las obligaciones legal o contractualmente establecidas a cargo del agente.

Contrato de agencia. Limitación territorial y pacto de exclusiva.—La limitación territorial del agente para el ejercicio de la actividad con el otorgamiento de un área de venta en exclusiva, pacto de exclusiva, inexistente según

resulta de dicho contrato, por lo que al agente sólo le corresponden percibir las comisiones relativas a las ventas en que hubiera intervenido. (STS de 23 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don Jesús y don Juan Ramón interpusieron demanda contra la entidad mercantil *Auto Concesionario, S. A.* y la entidad mercantil *Ford España, S. A.* solicitando indemnización por contrato de agencia. El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Granada desestimó la demanda. La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Granada confirmó la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

123. Contrato de distribución: extinción por denuncia unilateral.—

La regulación de las consecuencias de la extinción, especialmente por denuncia unilateral, de las relaciones de distribución, constituye una cuestión disputada, que la doctrina ha calificado como «cuestión compleja y controvertida» sobre la que, se ha señalado, polemizan los académicos, hasta el punto que cabe afirmar que no hay una respuesta segura. La cuestión de las indemnizaciones procedentes en los supuestos de extinción ha merecido una respuesta legislativa en el caso de los contratos de agencia, después de la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, que ha sido traspuesta al Derecho español por la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del contrato de agencia (LCA). Doctrina y jurisprudencia se han preguntado, con respuestas no siempre coincidentes, si los principios que inspiran y las reglas que, en consecuencia, se formulan para la formación de tales problemas en el contrato de agencia pueden ser proyectados o aplicados a los supuestos de los contratos de distribución. Hay que recordar que la llamada indemnización por clientela aparece formulada en la indicada Directiva [artículo 17.2.a)] con independencia de otras indemnizaciones que, por daños y perjuicios, pudieran ser procedentes.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: naturaleza jurídica.—Si, como se ha sostenido, se trata de una remuneración, sólo cabría en el contrato de agencia, dado el sistema retributivo adoptado, en el que las comisiones ordinarias sólo retribuyen los singulares negocios obtenidos, pero no la creación de clientela como tal; mientras que, en principio, en el sistema de concesión la diferencia de precio de compra y precio de reventa absorbería toda remuneración posible, y no puede hablarse de carácter diferido de la íntegra retribución. Pero, aun aceptando la tesis remuneratoria, el argumento no es definitivo. En efecto, la doctrina científica ha puesto de relieve que la clientela es uno de los elementos que conforman el *goodwill* o fondo de comercio que, a efectos contables, se incluye dentro del activo, en el «inmovilizado inmaterial», siempre que haya sido adquirido a título oneroso (art. 176.1.º 3 LSA). Durante la vigencia del contrato de agencia, la clientela «constituye un activo común, que beneficia por igual al empresario y al agente». En el contrato, más allá de la promoción y conclusión de operaciones comerciales aisladas, se intenta instaurar relaciones comerciales duraderas. A partir de tal realidad, concluye la doctrina científica a que nos referimos, buena parte de la doctrina atribuye a la compensación por clientela carácter de retribución adicional por una actividad ya realizada pero no retribuida en

su totalidad durante la vigencia del contrato mediante las simples comisiones de promoción o conclusión de operaciones.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: laguna legal.—Constituye una verdadera laguna en la regulación de la extinción de las relaciones de concesión mercantil. No es que sea relevante el silencio, sino que es un problema de integración de la regulación pacticia. Las partes pueden, en los contratos de distribución, excluir la compensación por clientela, o modularla. No hay cuestión, puesto que no se predica en estas relaciones la imperatividad (art. 3.1 LCA). Pero si no se ha tratado en la formación contractual, y se dan los supuestos y circunstancias que en el caso de la agencia determinan la compensación por clientela, el operador jurídico carece de una respuesta explícita, que se ha de buscar, en último término, por medio de la analogía. Se trata de la llamada *analogía iuris*, que actúa a través de la indagación del principio que inspira la norma, para proyectarlo sobre el caso, pues no cabe duda del valor integrador de los principios generales del derecho (art. 1.1 y 4, CC) ni de que, a través del sistema de integración previsto en general para los contratos por el artículo 1258 CC, cabe considerar que las leyes aplicables han de ser no sólo las susceptibles de proyección directa, sino las que regulen supuestos que presenten identidad de razón. La laguna no se produce en la regulación contractual, que este caso, como en todos, es perfecta y completa en cuanto las partes quieran, debiendo en lo no previsto aplicarse los mecanismos de integración, sino en las normas que son llamadas a la regulación del supuesto. No hay en nuestro sistema una previsión semejante a la del parágrafo 354 HGB, que permite reclamar comisión o el coste de almacenaje cuando alguien ha cuidado los intereses de otro o le ha prestado sus servicios, incluso si nada se ha estipulado al respecto, pero cabe encontrar un principio de evitación del enriquecimiento injustificado. La jurisprudencia ha recogido el sentido de la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo de 31 de mayo de 1974 cuando enfatizaba que la analogía no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia que se salva si la razón derivada del fundamento de la norma y de los supuestos expresamente configurados es extensible por consideraciones de identidad o similitud al supuesto no previsto.

Contrato de distribución: aplicación analógica de la indemnización por clientela prevista para el contrato de agencia.—La doctrina mayoritaria, con autorizadas excepciones, admite la aplicación por analogía de las reglas que se manifiestan en los artículos 28 y 30 LCA a las relaciones de distribución. En la jurisprudencia se encuentran decisiones en las que se formula una posición contraria, si bien hay que señalar que, prácticamente en todas ellas, el argumento de la inaplicabilidad por analogía es superfluo, puesto que no se dan los presupuestos fácticos necesarios, o bien se trata de un mero *obiter dictum*. La mayoría de las sentencias aceptan la aplicación por analogía de las reglas de la Ley del Contrato de Agencia sobre «indemnización por clientela» a los contratos de distribución. En alguna se subraya que tal aplicación se ha de producir en cuanto las normas de la Ley del Contrato de Agencia contienen un criterio interpretativo inspirador o se ha de producir «con matices» o atendiendo a las características de los contratos de distribución, en los que la indemnización por clientela no es imperativa y puede ser renunciada o regulada con amplia discrecionalidad. Los preceptos de la Ley del Contrato de Agencia no constituyen un «derecho excepcional» que tenga vedado el acceso a la aplicación por analogía (art. 4.2 CC), sino un

«derecho especial». La distribución exclusiva, que es relación de naturaleza duradera, es susceptible de crear una clientela que potencialmente puede ser aprovechada por el concedente que extingue tal relación, lo que supone enriquecerse con el esfuerzo ajeno, ya sin ninguna retribución, y apunta que de preceptos como el artículo 28 LCA y el artículo 34 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, puede extraerse un principio favorable a la indemnización en aquellos supuestos en que se puede producir el mismo resultado (creación de clientela) y no se encuentran regulados en la ley, por lo que la jurisprudencia ha venido concediendo de modo reiterado una indemnización al concesionario en base a una aplicación analógica del artículo 28 LCA.

Contrato de distribución y contrato de agencia: proximidad de función económico-social.—La constatación de una proximidad entre la finalidad y el objetivo que se persigue a través de los contratos de agencia y de distribución, que no ha escapado a la jurisprudencia ha sido destacada por la doctrina científica, que ha apuntado la insuficiencia de los planteamientos que ven en el contrato de concesión una simple derivación de la compraventa o del suministro, o un simple contrato de transmisión de mercancías, donde la exclusiva adquiriría una relevancia excepcional y ha puesto de relieve que en la concesión el dato de la promoción de la distribución es el elemento que verdaderamente cualifica al contrato: el concesionario o distribuidor compra para promover la distribución de los productos del concedente entre el público. En un contrato de concesión o distribución, desde esta perspectiva, apunta alguna autorizada opinión que no bastaría para tener por alcanzado el propósito empírico común de las partes que el concesionario verificara las compras como mínimo señaladas en el contrato, si tal compra no fuera seguida de distribución entre el público, pues el concesionario no compra para satisfacer sus propias necesidades, sino para promover la «colocación» de los productos en el mercado. De este modo el elemento compraventa en las relaciones de distribución, que las caracteriza frente a la agencia, tiene una función meramente instrumental y «constituye el medio a través del cual el concesionario procede a cumplir su obligación básica, que es la de promover la distribución de los productos del concedente en el mercado y defender o “representar” económicamente los intereses de éste en la zona asignada». Esta esencial similitud, desde el punto de vista de la función económico-social, entre las relaciones de agencia y de distribución, permite superar la barrera técnica aparente entre los diversos *modus operandi* de agente y de concesionario y priva de peso al dato de que el concesionario actúe en nombre y por cuenta propia, pues, de una u otra manera, ambos, agente y distribuidor, promueven la presencia de los productos del concedente o empresario en el mercado, integrándose en la red distributiva del concedente.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: enriquecimiento injusto.—La jurisprudencia ha señalado la obligación de indemnizar por clientela y por los gastos susceptibles de amortización constituye una obligación establecida por la Ley del Contrato de Agencia que puede estimarse fundada en la existencia de un enriquecimiento injusto o sin causa a favor del empresario cuando la denuncia del contrato, aun cuando sea justificada por la imposibilidad de amortizar gastos realizados por el agente para la ejecución del contrato con arreglo a instrucciones o para desarrollar convenientemente el encargo, o bien un incremento futuro de la clientela a favor del empresario propiciada por la actividad del agente, en virtud de una apreciación potencial, fundada en un pronóstico razonable de conducta acer-

ca de la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico y puede explicarse como *condictio* de inversión, que es la pretensión de ser resarcido por la cuantía pendiente de amortización. A diferencia de la *condictio indebiti* en que sólo existe una atribución sin causa, en la *condictio* de inversión la causa existía en el momento de la en definitiva, hay que tener en cuenta que, de un modo u otro, la regla que impone la indemnización se justifica en un momento de liquidación de la relación y para que el agente o el concesionario obtenga la compensación por un valor que, propio en todo o en parte, se ha transferido al empresario o concedente.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: requisitos.—Bajo el régimen ya señalado (arts. 28 y 30 LCA) se presenta la indemnización por clientela, como una realidad económica que se transfiere al empresario o al concedente, no obstante proceder en todo o al menos en parte de la actividad del agente o del concesionario, y que no opera de modo automático, sino que precisa la acreditación del incremento de clientes o de operaciones, y exige una apreciación potencial sobre la susceptibilidad de continuar el empresario disfrutando de la clientela con aprovechamiento económico, es decir, de lo que se ha denominado un pronóstico razonable acerca de un comportamiento de la clientela en relación con el empresario.

Contrato de distribución. Indemnización por clientela: improcedencia.—En el régimen especial que contienen los artículos 28 a 30 LCA no proceden las indemnizaciones en el supuesto de que el empresario hubiera extinguido el contrato por razón del incumplimiento de las obligaciones por parte del agente [art. 30 *a*)], como tantas veces ha señalado la jurisprudencia se aplicaba antes de la vigencia de la Ley del Contrato de Agencia, tanto para el contrato de agencia como para el de distribución. La pérdida del derecho a reclamar la compensación ha sido utilizada para combatir la tesis que presenta la compensación por clientela como un supuesto de enriquecimiento injustificado, pues aun en caso de resolución por justa causa, promovida por el empresario, no se ve por qué razón ha de privarse de compensación al agente, consolidando un enriquecimiento sin causa. El escollo no se esquivo aceptando otra tesis sobre la naturaleza de la indemnización por clientela, como sería la llamada tesis remuneratoria. La pérdida del derecho a compensación tendría, también aquí, un tono sancionador, que ha puesto de relieve la doctrina científica, pues el empresario que procede a resolver o denunciar el contrato por causa del incumplimiento del agente podrá pedir daños y perjuicios (art. 1124 CC), ya que el régimen especial se ha de integrar con el general, y en ellos se comprenderá el daño emergente y el lucro cesante, extendiéndose, según los casos, a los que sean previsibles y consecuencia directa y necesaria del incumplimiento, salvo caso de dolo (art. 1107 CC), daños que cabrá compensar con las remuneraciones devengadas y no pagadas, pero hasta el límite del importe concurrente, no más allá.

Contrato de distribución: indemnización por clientela: combatividad con otras indemnizaciones.—La indemnización por clientela se presenta como distinta y compatible con otras posibles indemnizaciones, que son las previstas en el artículo 29 LCA y las que cabe solicitar en el supuesto de que la resolución haya producido daños y perjuicios por razón de ser infundada, en las relaciones a tiempo determinado, o de haberse producido de modo abusivo o de mala fe, o sin respetar el plazo de preaviso. El artículo 29 LCA, de redacción poco afortunada, parece reducir las previsiones del artículo 17.3 de la Directiva 86/653, en el que se previene un derecho del agente a la repara-

ción del perjuicio que le ocasione la terminación de sus relaciones con el empresario, perjuicio que puede resultar de la terminación en unas condiciones que priven al agente de las comisiones de las que hubiera podido beneficiarse con una ejecución normal del contrato, a la vez que hubiese facilitado al empresario unos beneficios sustanciales debidos a la actividad del agente; y/o que no hayan permitido al agente amortizar los gastos que hubiere realizado para la ejecución del contrato aconsejado por el empresario. Esta indemnización, como la de clientela, puede solicitarse también en el supuesto de fallecimiento del agente. Pero tanto esta indemnización como la prevista por razón de clientela no proceden en caso de incumplimiento imputable al agente, o en los supuestos de denuncia unilateral por el agente, salvo que esta decisión se deba a circunstancias imputables al empresario o a la edad, invalidez o enfermedad del agente, así como en los supuestos de cesión a tercero (art. 18).

Contrato de distribución. Indemnización por imposibilidad de amortizar los gastos.—Cabe estimar los daños consistentes en la imposibilidad de amortizar los gastos realizados para la ejecución del contrato, cuando se trate de relaciones de duración indefinida extinguidas por iniciativa del empresario, en los términos prevenidos en los artículos 29 y 30 LCA. La reparación de estos daños tiene el régimen especial previsto en los indicados preceptos de la Ley del Contrato de Agencia, y se diferencia de la indemnización por clientela, además de por razón de la concreta lesión que se repara, porque no cabe su aplicación en el caso de los contratos de duración determinada.

Contrato de distribución. Improcedencia de indemnización.—En el artículo 29 LCA se prevé únicamente la indemnización de los daños que la extinción anticipada haya causado al agente en los supuestos de denuncia unilateral por el empresario en contratos de duración indefinida referidos a la imposibilidad de amortización de los gastos que el agente, instruido por el empresario, haya realizado para la ejecución del contrato. Esta indemnización, como la que pueda pedirse por razón de clientela, de acuerdo con el artículo 28 LCA, no es viable en los supuestos de extinción previstos en el artículo 18 de la Directiva, cuyo texto viene a coincidir con el artículo 30 LCA. Podemos calificar como doctrina consolidada la que rechaza la indemnización cuando la resolución o denuncia unilateral del contrato de agencia o de concesión de duración indefinida no ha tenido lugar de forma abusiva o con mala fe. (STS de 22 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penades.]

HECHOS.—La mercantil *Frigoríficos Díaz, S. L.*, interpuso demanda contra *Avidesa Luis Suñer, S. A.*, solicitando indemnización por clientela. El Juzgado de Primera núm. 3 de Alzira estimó la demanda y condenó a la demandada al abono de la indemnización. La Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Valencia estimó parcialmente el recurso reduciendo el *quantum* indemnizatorio. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

124. Contrato de seguro. Cláusulas delimitadoras del riesgo y estipulaciones limitativas de los derechos de los asegurados: concepto y diferencias.—La diferenciación entre una y otra tipología de las cláusulas no siempre constituye tarea fácil, la jurisprudencia ha destacado la dificultad que en la práctica presenta la distinción entre unas y otras cláusulas, lo que

justifica la necesidad de mantener un criterio uniforme. Las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, las cuales están sujetas al requisito de la específica aceptación por escrito por parte del asegurado que impone el artículo 3 LCS, de aquellas otras que tienen por objeto delimitar el riesgo, susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado. La cláusula limitativa opera para restringir, condicionar o modificar el derecho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido, y la cláusula de exclusión de riesgo es la que especifica qué clase de ellos se ha constituido en objeto del contrato. Las cláusulas delimitadoras del riesgo son, pues, aquellas mediante las cuales se concreta el objeto del contrato, fijando qué riesgos, en caso de producirse, por constituir el objeto del seguro, hacen surgir en el asegurado el derecho a la prestación, y en la aseguradora el recíproco deber de atenderla. La jurisprudencia mayoritaria declara que son cláusulas delimitativas aquellas que determinan qué riesgo se cubre, en qué cuantía, durante qué plazo y en qué ámbito espacial. Ello permite distinguir lo que es la cobertura de un riesgo, los límites indemnizatorios y la cuantía asegurada o contratada, de las cláusulas del contrato que limitan los derechos de los asegurados, una vez ya se ha concretado el objeto del seguro, por cuanto nada tienen que ver con éstas, sino con las delimitativas, en cuanto pertenecen al ámbito de la autonomía de la voluntad, constituyen la causa del contrato y el régimen de los derechos y obligaciones del asegurador, y no están sujetas a los requisitos impuestos por la Ley a las limitativas, conforme el artículo 3, puesto que la exigencia de este precepto no se refiere a una condición general o a sus cláusulas excluyentes de responsabilidad de la aseguradora, sino a aquellas que son limitativas de los derechos del asegurado.

Contrato de seguro. Las condiciones particulares, especiales y generales del contrato: finalidad y requisitos.—Señalan el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura de forma positiva, determinados daños, y de forma negativa, ciertos daños o, mejor, ciertas causas del daño, quedando así delimitado el riesgo, como cláusula constitutiva del objeto o núcleo del seguro, pues concreta exactamente hasta dónde puede alcanzar la acción indemnizatoria. Son por tanto cláusulas que, aun delimitativas, son susceptibles de incluirse en las condiciones generales para formar parte del contrato, quedando sometidas al régimen de aceptación genérica sin la necesidad de la observancia de los requisitos de incorporación que se exigen a las limitativas. Sin duda, esta doctrina no sería posible si no se dieran determinados presupuestos que tienen que ver con el control de la inclusión, a que se refiere el artículo 3 LCS, respecto de todas las condiciones generales, atendiendo el carácter inexcusable de estos contratos como contratos masa y de adhesión, a los fines de facilitar al adherente su efectivo conocimiento y de que quede vinculado por su contenido. Y ello exige que su redacción sea clara y precisa, y que sean conocidas y aceptadas por el asegurado para lo cual resulta suficiente que en las condiciones particulares, por él suscritas, se exprese, de la misma forma clara y precisa, que conoce y ha recibido y comprobado las condiciones generales, cuando no se trata de condiciones que restringen los derechos del asegurado.

Contrato de seguro. Interpretación: principio *pro asegurado*.—Habida cuenta de aplicar el principio «pro asegurado» no puede entenderse que las condiciones generales hayan sido conocidas y aceptadas por la empresa tomadora y asegurada, ni siquiera que las aportadas sean las que regían el

contrato, como tampoco que se esté ante una condiciones particulares y generales, que en su consideración global, hayan sido redactadas de modo claro y preciso, como exige el artículo 3 LCS.

Contrato de seguro. Prevalencia de las condiciones particulares sobre las generales.—Lo estipulado en las condiciones particulares prevalece sobre lo previsto en las condiciones generales, que tienen una función complementaria y valor informativo respecto de las generales

Contrato de seguro. Obligación indemnizatoria: límites.—El artículo 76 LCS dispone que la acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado, pero tal previsión no puede extenderse a la propia definición del riesgo asegurado y a la cobertura del seguro, elementos que por integrar el marco en que se desenvuelve el aseguramiento y, por tanto, resultar determinantes para la fijación de la prima del seguro, lo son también para el establecimiento del límite de la obligación indemnizatoria de la aseguradora, sin que pueda deducirse que dicha obligación respecto del tercero pueda exceder de los propios límites del seguro concertado, pues en tal caso se estaría rebasando la propia definición del contrato de seguro contenida en el artículo 1.º de la Ley cuando señala que la obligación de la aseguradora a indemnizar lo será dentro de los límites pactados y se llegaría a la conclusión inadmisibles de que frente al tercero perjudicado la cobertura sería siempre ilimitada. **(STS de 8 de marzo de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don Carlos Miguel interpuso demanda contra la entidad aseguradora *Lloyd Adriático Compañía de Seguros y Reaseguros, S. A.* (objeto de absorción por *Allianz Ras Seguros y Reaseguros, S. A.*), sobre reclamación de indemnización fundamentada en contrato de seguro de responsabilidad civil. El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Huércal-Overa estimó la demanda. La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Almería estimó el recurso. El Tribunal Supremo declaró haber lugar a la casación. *(N. D. L.)*

125. Contrato de seguro. Cláusulas limitativas y cláusulas delimitadoras del riesgo: diferencias.—La jurisprudencia más moderna, distingue entre las cláusulas limitativas de los derechos del asegurado, sujetas al requisito de la específica aceptación por escrito por parte del asegurado que impone el artículo 3 LCS, y cláusulas delimitadoras del riesgo, susceptibles de ser incluidas en las condiciones generales y respecto de las cuales basta con que conste su aceptación por parte de dicho asegurado—, considera como cláusulas limitativas, y sujetas por tanto al requisito de aceptación escrita, aquellas cláusulas mediante las cuales se establece la suma asegurada como cantidad máxima a la que puede ascender el importe de la indemnización.

Contrato de seguro. Suma asegurada: límite de derechos del asegurado.—La fijación de la suma asegurada (elemento esencial de la póliza), cuando se establece como una restricción en relación con el alcance o valor real del daño producido por el siniestro, tiene carácter limitativo de los derechos del asegurado, dado que, con arreglo al artículo 27 LCS la suma asegurada representa el límite máximo de la indemnización a pagar por el asegurador en cada siniestro. Dichas cláusulas, en efecto, restringen el dere-

cho del asegurado a la indemnización una vez que el riesgo objeto del seguro se ha producido.

Responsabilidad extracontractual: requisitos.—La responsabilidad por culpa extracontractual requiere para su apreciación, la concurrencia de una acción u omisión objetivamente imputable al agente, la culpa o negligencia por parte de éste, la realidad del daño causado y el nexo o relación de causalidad entre la acción y omisión y el daño causado.

Responsabilidad extracontractual: culpa.—La esencia de la culpa consiste en no prever lo que pudo y debió ser previsto o en la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar el evento dañoso.

Responsabilidad extracontractual. Daños morales: cuantía.—La determinación de la cuantía por indemnización por daños morales debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste, lo que conlleva necesariamente la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes.

Responsabilidad extracontractual. Valoración del daño: criterios orientativos.—Los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los 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, no vinculantes, para la fijación del *pretium 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 30 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Doña Eugenia, don José Ignacio, don Enrique, don José Francisco y doña Estela, interpusieron demanda contra la mercantil *Juan Pazos, S. L.*, don Casimiro y *Aseguradora Aegón* en reclamación de cantidad por responsabilidad extracontractual. El Juez de Primera Instancia de Redondela desestimó la demanda. La Sección 5.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra estimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (N. D. L.)

126. Cooperativas. Convocatoria de Asamblea: legitimación.—El artículo 44.2 LGC 2/1987 exige convocatoria que la Asamblea sea convocada por el Consejo Rector, sin que quepa admitir que la actuación informal de dos de los tres miembros del citado Consejo pueda sustituir la intervención del Consejo como órgano que debe actuar debidamente constituido y mediante el procedimiento legalmente establecido, y menos todavía cabe admitir que sólo se produjo una infracción nimia de un requisito formal consistente en la omisión de la documentación, extensión del acta de la reunión del Consejo, porque no ha existido tal supuesta reunión, ni legal, ni siquiera de facto, pues los dos miembros aludidos del Consejo procedieron *motu proprio* a convocar la Asamblea Extraordinaria, con una actuación que equivale a una «vía de hecho», al prescindir del Consejo Rector como órgano de la entidad y de su Presidente.

Cooperativas. Convocatoria de Asamblea: requisitos.—El inciso segundo del apartado 2 del artículo 58 LGC exige la convocatoria de la reunión, con la adhesión de un tercio del Consejo, y comunicación a todos los miembros, incluso del Presidente que (hipotéticamente) se negó a convocarlo, y, a partir de entonces, cumplir, además de lo establecido en los apartados 3 a 5 del propio artículo 58, lo previsto en el artículo 44 respecto a la convocatoria de la Asamblea Extraordinaria. (**STS de 30 de marzo de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—Don Luis María y don Félix, interpusieron demanda contra la Sociedad Cooperativa Anpe-Ceuta por impugnación de acuerdos sociales adoptados en Asamblea General Extraordinaria. El Juez de Primera Instancia núm.1 de Ceuta estimó parcialmente la demanda. La Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Cádiz desestimó parcialmente el recurso. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación. (*N. D. L.*)

DERECHO PROCESAL

127. Contratos privados de la Administración y contratos administrativos.—Para la adecuada resolución del motivo de recurso conviene tener a la vista el marco normativo con arreglo al cual ha de dilucidarse la cuestión sobre la que gira la controversia en este recurso y, por ende, en el proceso del que trae causa, cual es la naturaleza administrativa o privada del contrato, y, a partir de ella, la determinación de la jurisdicción competente para conocer de un litigio que como el presente tiene por objeto las consecuencias derivadas de su incumplimiento.

El Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de régimen local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, contiene el régimen jurídico aplicable a los contratos celebrados por los Ayuntamientos con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Su artículo 112 dispone [...]. En similares términos, si bien referidos a la Administración del Estado, se pronunciaba el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, modificada por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, y el artículo 6 del Reglamento General de Contratación.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Ley 13/1995, de 18 de mayo, que rige los contratos celebrados por la Administración con posterioridad a su entrada en vigor, dispone en su artículo 5 [...]. El artículo 5 del vigente Texto Refundido de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio de —cuya DD única, apartado 1.º derogó expresamente la Ley 13/95—, establece, por su parte, lo siguiente [...]

La DA 4.^a de la Ley de Contratos del Estado establecía el carácter administrativo de los contratos de estudios y servicios que se celebrasen para la elaboración de proyectos, memorias y otros trabajos de índole técnica, económica o social. La norma remitía su regulación a preceptos reglamentarios —al Decreto 916/1968, de 4 de abril—, y fue desarrollada por el

Decreto 1005/1974, de 4 de abril, modificado por el D 609/1982, de 12 de febrero.

La entrada en vigor de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas supuso la consolidación del carácter típico o nominado de estos contratos, que, denominados como contratos de consultoría, asistencia o servicios, pasaron a regirse, como los de obras, gestión de servicios y de suministros, por la citada Ley. Actualmente se definen en el artículo 196 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, caracterizándose los contratos de consultoría y asistencia por el carácter intelectual de la prestación típica del contratista. Junto con ellos, se tipifican los contratos de servicios, integrados por todos aquellos que carezcan de la nota intelectual o creativa que caracteriza los anteriores, y que tienen por objeto servicios complementarios, de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación, los programas de ordenador, la realización de encuestas y la gestión de sistemas de información.

Por su parte, los denominados contratos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración fueron regulados, con expreso reconocimiento de su carácter administrativo, por el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, siendo de aplicación al ámbito local a partir del Real Decreto 2357/1985, de 20 de noviembre, y desde ahí acceden a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien desaparece esta categoría negocial tras la reforma operada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, y definitivamente en el Texto Refundido de la Ley. El origen de estos contratos, que vinculan a la Administración y a una persona física para la realización de un trabajo específico y concreto, no habitual, se encuentra en la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que prohíbe la celebración de contratos de colaboración temporal por las Administraciones Públicas en régimen de derecho administrativo, y más remotamente, en el artículo 6 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado.

Concretado este marco normativo, y después de aclarar que al tiempo de promoverse el litigio del que trae causa este recurso se hallaba en vigor la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –L 13/1995, de 18 de mayo–, se ha de excluir que el contrato celebrado por las partes constituya una categoría contractual típica, habida cuenta de su objeto. No se trata de un contrato de obras, de gestión de servicios públicos, o de suministro; tampoco es un contrato de consultoría o de asistencia, pues falta el rasgo definidor de esta categoría negocial; ni es un contrato de servicios, pues las actividades propias de un patrocinio para la celebración de un Congreso no encajan en las de carácter técnico, económico, industrial, comercial o de naturaleza análoga, ni en las de carácter complementario que constituye el objeto típico de estos contratos, y menos aun en las de mantenimiento, conservación y limpieza, realización de encuestas, programas informáticos o gestión de sistemas de información, analizadas siempre y en todo caso a la luz de la Directiva 92/50, CEE, del Consejo, de 18 de junio, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios –fundamentalmente, de su anexo I–. Y tampoco podría incluirse en la desaparecida categoría de los contratos de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración, pues, precisamente su eliminación por la Ley 53/1999 se explica por la posibilidad de considerar que su finalidad podía conseguirse a través del contrato de consultoría y asistencia, de cuya caracterización, por lo tanto, participaban.

Por otra parte, la diferenciación entre los contratos administrativos atípicos –antes denominados especiales– y los contratos privados de las Administraciones Públicas ha constituido –como se explica en la sentencia de esta Sala de fecha 24 de enero de 2007– una cuestión de no fácil solución, y ha merecido un tratamiento jurisprudencial no siempre unitario en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa. Por lo general, y como elemento significativo en la caracterización contractual, se ha atendido a la existencia de una relación relevante del contrato –y siempre contemplando su prestación característica– 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 teleológico definitorio de la naturaleza administrativa del contrato, y ha servido además como elemento de modulación de su carácter. 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 –en términos de la legislación anterior– o al giro o tráfico específico de la Administración contratante, conceptos éstos que, a su vez, requieren la atribución de un determinado significado y de un concreto contenido.

La jurisprudencia de esta Sala se ha hecho eco de la visión finalista que la doctrina y la jurisprudencia contencioso-administrativa han propugnado a la hora de diferenciar los contratos administrativos y los contratos privados de la Administración. En la S de 24 de enero de 2007, recogiendo las palabras de las anteriores de 17 de julio de 1999 y de 9 de octubre de 1987, se expresa en los siguientes términos: «Para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del Derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando haya sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiéndose este concepto en la acepción más amplia, para abarcar cualquier actividad que la administración desarrolla como necesaria en su realización para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de su competencia, y por lo mismo, correspondiente a sus funciones peculiares, sentido lato que igualmente inspira el artículo 4 de la Ley de Contratos del Estado, modificado en parte por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, cuya regla 2.^a comprende la actuación típica que el órgano administrativo desarrolla en el ámbito de su cometido funcional, a lo que debe añadirse el principio de autointegración del ordenamiento administrativo, al disponer el precepto que en caso de silencio contractual o legal serán la propia ley y los principios generales inspiradores los que han de regir como supletorios, en lugar de acudir a la regulación *ius privativista*.»

Ahora bien, el examen de esta cuestión, siempre a los efectos prejudiciales que ahora ocupan para resolver el recurso, que se contrae al exceso de la jurisdicción civil que aduce el Ayuntamiento de Madrid, no ha de hacerse a espaldas de una interpretación sociológica, e incluso teleológica, de las normas, en función de su *ratio* y finalidad, sino conforme a la realidad social del tiempo en que deben ser aplicadas –art. 3.1 CC–. Como se indica en la citada S de 27 de enero de 2007, este análisis permite determinar la naturaleza del contrato, primero, y la jurisdicción competente para conocer de los litigios sobre su eficacia y cumplimiento, después, considerando el contenido actual de los elementos definitorios o moduladores de la naturaleza contractual,

para lo que el examen de la evolución legislativa constituye un útil instrumento, erigiéndose el vigente régimen de la contratación de las administraciones públicas en obligado referente hermenéutico a la hora de caracterizar la relación contractual, como expresión de la realidad social actual.

Tal y como se dijo en la repetida S de 27 de enero de 2007, «la visión de la evolución que ha experimentado el concepto legal de los contratos administrativos pone de manifiesto la voluntad del legislador de aquilatar su ámbito, en función de la directa vinculación de su objeto con la satisfacción del interés público, al que están ordenadas las potestades administrativas, y que son las que revisten de *imperium* la actuación de la Administración y justifican las facultades –interpretativas y modificativas– de que disfruta en las relaciones contractuales. Así, se aprecia que se ha 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 –arts. 112 del Texto refundido de las disposiciones en materia de régimen local, y 4 de la Ley de Contratos del Estado–, a la vinculación al giro o tráfico específico de la Administración contratante, y a la directa o inmediata satisfacción de una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, como elementos definitorios de la naturaleza administrativa del contrato que, si bien no son expresión por sí mismos de una reducción conceptual, sí permiten apreciar sin embargo un abandono de las posiciones basadas en un concepto amplio del servicio público, y así como de consideración de la vinculación a la satisfacción de un interés general, para atender al específico ámbito de actuación y de competencias de la Administración contratante y para exigir una más directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o la finalidad pública.

Así las cosas, no es posible apreciar la vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o el giro o tráfico que caracteriza la relación administrativa en un contrato que, como el contemplado en el supuesto de autos, tiene por objeto la realización de actividades de patrocinio para la celebración de un congreso, por más que el contenido de éste viniera referido a una materia, como la medioambiental, respecto de la que la Administración municipal tiene innegables competencias en orden a su protección, promoción y fomento. Ni siquiera atendiendo a la finalidad, más que a su objeto, del contrato es posible apreciar en él los rasgos moduladores que confieren la naturaleza administrativa a la relación jurídica, en la medida en que el fin de ésta se agota en la realización de tales actividades de patrocinio, independientemente del objeto y finalidad de las actividades en sí realizadas por los particulares, personas físicas o jurídicas, con quienes la demandante había de contratar para promocionar y publicitar la celebración del evento, en mayor o menor medida relacionadas con su objeto. Propugnar una amplitud excesiva a la hora de considerar la vinculación del contrato al servicio público, o el giro o tráfico específico de la Administración contratante sería tanto como desvirtuar la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración, pues siempre sería posible ver un último enlace en la actividad de ésta con un fin público.

La conclusión de todo cuanto se ha expuesto no puede ser otra que la de considerar que el contrato cuyo incumplimiento origina la reclamación objeto de este proceso reviste carácter privado, y se halla sólo sometido a la legislación administrativa en todo cuanto afecta a los actos tradicionalmente considerados separables –los relativos a la formación de la voluntad de la Administración, a su preparación y adjudicación–, en tanto que en cuanto a

sus efectos y extinción se somete a las normas de derecho privado, correspondiendo, por consiguiente, a los órganos de la jurisdicción civil la competencia para conocer de los litigios relativos, como aquí, a las consecuencias del incumplimiento contractual, como se desprende de lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y ahora en el artículo 9.3 del Texto Refundido de la misma Ley, en relación con los dispuesto en el artículo 3.b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 28 de diciembre de 1956, y, en la actualidad, con en el artículo 2.b) de la vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, sobre la misma materia.

El motivo, por lo tanto, se desestima. (STS de 25 de junio de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Con motivo de la adjudicación por parte de dos organizaciones internacionales al Ayuntamiento de una importante capital de la celebración del «VIII Congreso Internacional de Ciudades Saludables y Ecológicas», concertó aquél con una empresa un convenio que tenía por objeto la esponsorización y patrocinio de las actuaciones municipales encaminadas a difundir la idea de protección de la salud y el medio ambiente y a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos a través de determinados programas. La empresa se obligaba a sufragar los gastos generados por estas actuaciones acudiendo a cualesquiera entidades y personas con las que el Ayuntamiento no contraía relación contractual alguna. A cambio, hacía publicidad de su patrocinio y de la colaboración de las personas o entidades con las que, a los efectos señalados, contactase. Pasados unos meses —casi un año— las organizaciones internacionales comunicaron al Ayuntamiento que debía prescindir de patrocinadores, por lo que éste hizo saber a la empresa que prescindía de sus servicios. La empresa interpuso demanda contra el Ayuntamiento reclamándole los gastos realizados, el lucro cesante más indemnización por los daños y perjuicios sufridos. El Ayuntamiento, por su parte, argumentaba que la reclamación debía encuadrarse en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración y, subsidiariamente, que su vínculo con la empresa constituía un contrato administrativo. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la excepción de incompetencia de jurisdicción opuesta por el Municipio y estimó en parte la demanda. La Audiencia no acogió la apelación del Ayuntamiento. Del mismo modo, no hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

128. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Doctrina jurisprudencial antes y después de 1998.—Si bien es cierto que tanto antes como después de la entrada en vigor de la Ley 30/1992, y hasta que las dudas quedaron casi totalmente despejadas por la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, inaplicable al caso por razones temporales, la jurisprudencia de esta Sala se inclinó por el criterio de la fuerza atractiva de la jurisdicción civil cuando la demanda se dirigiera, además de contra una Administración pública, contra particulares, no lo es menos que tal doctrina no estaba exenta de matices según sentencias de esta misma Sala o según alguna sentencia del Tribunal de Conflictos de

Jurisdicción como la 10/1994, de 20 de junio. De acuerdo con estas sentencias, la jurisdicción civil carece de competencia aunque la reclamación se dirija conjuntamente contra una Administración pública y contra particulares, si mediante la petición de condena solidaria se pretende eludir el origen del daño en un acto administrativo, en un contrato regido por el Derecho administrativo o en una actuación de la Administración en el ejercicio de sus competencias y no constitutiva de «vías de hecho». Y que esto es precisamente lo aquí sucedido lo demuestra el que la demanda, e incluso este recurso, se funde en la disconformidad de la actora hoy recurrente con la actuación del Ayuntamiento demandado en el ejercicio de sus competencias sobre el suministro de agua potable a la población, por haberle exigido una contribución económica para la red de abastecimiento pese a entenderla inexigible dicha parte dado el carácter de suelo urbano, en su opinión, del terreno sobre el que se construyó la urbanización, dándose la circunstancia añadida de que en su momento no impugnó los actos administrativos que le exigían dicha contribución. En concreto la STS de 28 de febrero de 2007, siguiendo el criterio del Auto de la Sala de Conflictos de Competencia de 20 de diciembre de 2001, considera que los conflictos entre promotoras o constructoras y las empresas encargadas de la prestación de servicios públicos (en tal caso, suministro de energía eléctrica), por razón de la contribución económica de aquéllas a la red de suministro, deben ser resueltos por la jurisdicción contencioso-administrativa por su naturaleza urbanística, distinguiéndolos así de los conflictos singulares entre la empresa concesionaria y los usuarios por razón del suministro. (**STS de 13 de junio de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—Una promotora-constructora con forma de sociedad limitada demanda al Ayuntamiento de un pueblo de Sevilla y la empresa que gestionaba el servicio de abastecimiento de agua, saneamiento y depuración, competencia de la mancomunidad de municipios de la zona. Lo pedido en la demanda era la condena solidaria e indistinta de ambos demandados a devolver a la actora la cantidad de 3.990.000 pesetas, importe de un aval bancario prestado en su día por la actora a favor de la empresa codemandada para, según la demanda, obtener la conexión de la urbanización edificada por aquélla a la red general de abastecimiento de agua, habiendo sido finalmente realizado dicho aval, y la condena solidaria e indistinta de ambos demandados a indemnizar a la actora en 194.043.860 pesetas por los daños y perjuicios derivados de no haber podido vender a su tiempo la viviendas de la urbanización debido a la falta de suministro de agua.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, razonando que procedía acoger la excepción de incompetencia de jurisdicción que el Ayuntamiento demandado había propuesto al contestar a la demanda. Interpuesto recurso de apelación por la parte actora, la Audiencia Provincial lo desestima y argumenta que lo único contratado entre aquélla y la empresa codemandada era el suministro de agua para la obra; que el pago de 37.500 pesetas por vivienda respondía al canon establecido por determinada Orden de la Consejería competente de la Junta de Andalucía; que por tanto no se había dado incumplimiento contractual alguno. La parte actora recurre en casación. (*S. M. S.*)

129. Deslinde de dominio público marítimo terrestre. Distribución de la competencia entre la jurisdicción civil y la jurisdicción contencioso administrativa.—Aunque de *lege ferenda* sería deseable la existencia de un único cauce para articular la protección dominical frente a la eficacia relativa del deslinde, declarada por la STC 149/1991, no puede obviarse que de *lege lata* existe una dualidad de control jurisdiccional (contencioso-administrativo y civil). Esta coexistencia se traduce en la necesidad de especificar cuál es la extensión y los límites de una y otra.

La tesis defendida por el Alto Tribunal es la siguiente.

La función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende no sólo a las actuaciones formales del procedimiento sino también al contenido sustantivo del acto administrativo resolutorio sobre el deslinde, y por tanto, a comprobar si se ha apreciado correctamente o no la concurrencia de las circunstancias físicas que definen la zona del dominio público.

Por su parte, la jurisdicción civil es competente para conocer acerca de las cuestiones suscitadas en torno al derecho de propiedad.

Los pronunciamientos de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre cuestiones de propiedad presentan un carácter *incidenter tantum*, en la medida en que no pueden impedir el conocimiento y el pronunciamiento de los órganos del orden civil. Los casos más comunes son los de solicitud de protección de los derechos dominicales adquiridos con anterioridad al deslinde con base en la protección que dispensa el Registro de la Propiedad, pero la competencia del orden jurisdiccional civil se ha de extender también a la comprobación de la concurrencia en la finca litigiosa de las características físicas del dominio público. Para ello, los tribunales civiles podrán servirse de lo actuado en el expediente administrativo.

Los argumentos invocados por la Sala 1.^a Tribunal Supremo en defensa de la tesis esgrimida son los siguientes: (1) es la interpretación que naturalmente se desprende de la lectura conjunta del último inciso del artículo 13.2, del artículo 14 y de la DT 1.^a de la Ley de Costas de 1988, así como del artículo 29.2 de su Reglamento y de la interpretación constitucional del primero de los preceptos citados establecida en la STC 149/1991; (2) se trata de un criterio coherente con el que cabe inferir de anteriores resoluciones de la Sala 1.^a como la 9 de julio de 2001; (3) no hay base legal para sostener que las acciones civiles a las que se refiere el artículo 14 y el último inciso del artículo 13 son únicamente las amparadas en la protección que ofrecen los artículos 34 y 38 LH, pues de ser así, no se entendería entonces —por redundante e innecesaria— la previsión contenida en el apartado segundo de la DT 1.^a de la Ley de Costas de 1988, referida a los titulares inscritos, que contiene una específica reserva de las acciones civiles que éstos puedan ejercer en defensa de sus derechos; (4) este criterio se ajusta al mantenido por la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, a la hora de delimitar la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, en los recursos que tuvieron por objeto la revisión jurisdiccional de los deslindes de la zona marítimo-terrestre, proclamando la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las declaraciones de propiedad sobre los bienes afectados por el deslinde cuya corrección formal y material corresponde revisar, sin embargo, a los tribunales de aquel orden jurisdiccional. **(STS de 13 de junio de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Los demandantes interponen una acción cuya pretensión principal es la declaración de que, por no tener las caracte-

rísticas configuradoras del dominio público marítimo-terrestre, las fincas litigiosas son de dominio privado y, en concreto, de propiedad de los actores de conformidad con los títulos de dominio esgrimidos como fundamento de su acción; como pretensión subordinada a la anterior, los actores solicitan la declaración de nulidad de las anotaciones e inscripciones registrales practicadas en relación a las fincas como consecuencia o a causa del expediente de deslinde.

Tanto en primera instancia como en apelación se desestima la demanda por falta de competencia de la jurisdicción civil. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación. (B. F. G.)

130. Reconocimiento y ejecución de una sentencia de separación matrimonial dictada en Suiza al amparo del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988. Interpretación restrictiva de las materias excluidas del ámbito de aplicación. Irrelevancia de que la pensión sea alimenticia o compensatoria.—En su evolución jurisprudencial el Tribunal comunitario ha abogado por una interpretación autónoma y uniforme de los conceptos normativos, empleados para definir el ámbito material de aplicación del Convenio de Bruselas, a partir de los objetivos y sistema de este instrumento internacional, o de los principios generales que se obtienen mediante inducción de los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros —SS de 14 de octubre de 1976, as. 29/79, LTU c. Eurocontrol, de 16 de diciembre de 1980, as. 814/89, *Niederlande c. Rüffer*, 6 de marzo de 1980, as. 120/79, *De Cavel c. De Cavel*, de 22 de febrero de 1979, as. 133/78, *Gourdain c. Nadler*, entre otras—, para evitar de este modo los inconvenientes de la dispersión hermenéutica derivada de la convivencia de diversos sistemas de interpretación o calificación jurídica *ex lege fori* o *ex lege causae*. Junto con ello, debe considerarse también que el Tribunal Europeo de Justicia ha impuesto, por lo general, una interpretación restrictiva de las materias excluidas del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. De todo ello se evidencia la importancia de atender a la doctrina jurisprudencial comunitaria para definir el ámbito objetivo del Convenio de Bruselas, la cual ha de servir como referente hermenéutico para delimitar el propio del Convenio de Lugano, cuyo artículo primero reproduce el contenido de su homólogo del texto comunitario.

Este referente interpretativo conduce a considerar incluido en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas, y por extensión, del Convenio de Lugano, los pronunciamientos relativos a las obligaciones de alimentos, e, incluso, los relativos a pensiones compensatorias acordadas en sentencias de separación o de divorcio, pues así se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario —S de 6 de marzo de 1980, as. 120/79, *De Cavel c. De Cavel*—, que tuvo en consideración el hecho de que se haya previsto un foro especial de competencia para las acciones relativas a obligaciones alimenticias (art. 5.2), así como el carácter alimenticio de las pensiones compensatorias, y que consideró irrelevante el carácter accesorio de los pronunciamientos sobre alimentos o pensiones compensatorias respecto del principal referido a la separación o el divorcio.

Así las cosas, desde esta caracterización uniforme del ámbito de aplicación de los instrumentos internacionales de referencia, el pronunciamiento de condena al abono de una determinada cantidad en concepto de alimentos —como califica la obligación el Tribunal del Estado de origen—, que se contie-

ne en la sentencia de cuyo reconocimiento y ejecución se trata, queda incluido en el ámbito material del Convenio de Lugano, resultando irrelevante la cuestión de si se trata de una pensión de alimentos o compensatoria, y, más aún, con arreglo a qué Ley –del foro o la determinada por la correspondiente norma de conflicto– debe hacerse la calificación jurídica, desde el momento en que es dable descubrir en la establecida por la sentencia los rasgos característicos de una obligación que se orienta a asegurar la manutención de uno de los cónyuges, fijando su cuantía en función de los respectivos ingresos y necesidades de las partes de la relación jurídica, y en torno a los cuales se delimita el ámbito competencial de la norma supranacional de reconocimiento, según la caracterización autónoma y uniforme emanada de la jurisprudencia comunitaria. Y ningún obstáculo existe por el hecho de que se trate de un pronunciamiento accesorio del de separación matrimonial, pues si, como se ha dicho, tal accesividad es irrelevante de cara a la aplicación objetiva del Convenio, ya que lo decisivo es el objeto mismo del pronunciamiento, independientemente de su carácter principal o accesorio, nada impide el *exequatur* parcial de la resolución foránea, como aquí ha sucedido, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 42 del Convenio de Lugano, limitado al pronunciamiento cuyo objeto queda comprendido dentro de su ámbito material de aplicación – SS de 27 de febrero de 1997, as. C-220/95 (TJCE 1997, 40), van den Boogaard c. Laumen–.

Concepto de orden público internacional.–Esta Sala, a la hora de examinar la procedencia del *exequatur* de las resoluciones extranjeras en el marco de sus competencias, ha configurado un concepto del orden público, en sentido internacional, y en su vertiente procesal, en el que se destaca su carácter netamente constitucional, identificado con los principios, derechos y garantías constitucionalmente consagrados, en línea con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional contenida en las SS 52/89 y 132/91. Siendo así, el orden público, en su aspecto procesal, se identifica con los derechos y garantías establecidos en el artículo 24 CE, y su contenido se encuentra condicionado por el de tales derechos, tal y como ha sido configurado por la jurisprudencia constitucional. Resulta, de este modo, que el derecho a la tutela judicial sin indefensión, el derecho de defensa, y el más específico derecho a utilizar los medios de impugnación dispuestos por el ordenamiento procesal, tienen relevancia constitucional en la medida en que la indefensión sea real y efectiva, no puramente nominal o formal, lo que excluye de la protección constitucional a las situaciones lesivas de los derechos de la parte originadas por su propia desidia, desinterés, negligencia, y, en general, cuando es su propio comportamiento el que le ha colocado en esa situación – SSTC 122/98, 26/99 y 1/2000, entre otras muchas–. Es, pues, ese contenido de los derechos fundamentales el que nutre el contenido del orden público internacional, en su vertiente procesal, que se verá, por tanto, vulnerado cuando se violen aquéllos, con el contenido material que les es propio.

Esta configuración del orden público impide apreciar la concurrencia de la causa de denegación del *exequatur* prevista en el artículo 34 del Convenio de Lugano, en relación con su artículo 27.1, lo que, a su vez, determina el rechazo del motivo de casación que es objeto de examen, pues la Audiencia Provincial no ha infringido este precepto. La ficción legal prevista en el ordenamiento procesal del Estado de origen, opera en los casos en que el destinatario de la notificación de la resolución imposibilita la efectividad del acto de comunicación con su comportamiento culpable. El Tribunal de origen consideró que concurría este presupuesto, y por ello tuvo por notificada la resolu-

ción. Ya en sede del procedimiento de *exequatur*, la Audiencia Provincial, al examinar la concurrencia del requisito de la adecuación al orden público, destacó la rebeldía voluntaria, estratégica o de conveniencia del demandado, aquí recurrente, y sus intentos, tras su emplazamiento en el procedimiento seguido en el Estado de origen, para sustraerse del mismo y aparentar una ausencia anterior. Si la valoración jurídica de los hechos realizada por el Tribunal extranjero, a los efectos de integrar el presupuesto previsto en el ordenamiento jurídico del Estado de origen, para tener por notificada la resolución que puso fin al proceso, no vincula a esta Sala de cara a verificar el cumplimiento del requisito del respeto al orden público, sí, en cambio, ha de partirse en este análisis de las circunstancias de índole fáctico y de la valoración que de ellas hace el órgano *a quo*, en la medida en que, al no haberse combatido eficazmente en sede casacional, han de permanecer incólumes. De ellas se extrae la conclusión de que fue el propio demandado quien intencionadamente buscó eludir la notificación de la resolución que puso fin al proceso de separación, acaso con la mira puesta en impedir su eficacia extraterritorial, y ese comportamiento no se ajusta al contenido material de los derechos y garantías procesales constitucionalmente consagrados y protegidos, por lo que no puede hablarse de vulneración de los mismos, ni, por ende, del orden público considerado en sentido internacional. (STS de 14 de marzo de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—La demandante inició un procedimiento de reconocimiento y ejecución de una sentencia de separación matrimonial dictada por el Tribunal de Familia de Zurcá, al amparo del Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988. El Juez de Primera Instancia desestimó la declaración de ejecutoriedad de la sentencia extranjera, pero la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación declarando la procedencia de ejecución de la sentencia exclusivamente en cuanto al pronunciamiento de condenar al abono de una pensión alimenticia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación. (M. C. B.)

