

# **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 Y SUSCRIPCIONES

### **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 IV  
Octubre-diciembre, 2009

MINISTERIO DE JUSTICIA  
Secretaría General Técnica



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA  
Boletín Oficial del Estado

MADRID, 2010

---

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

---

NIPO (BOE): 007-10-038-1  
NIPO (M. de Justicia): 051-10-025-8  
ISSN: 0210-301X  
Depósito legal: M-125-1958

---

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

# El marco común de referencia para el Derecho privado europeo

(cuestiones valorativas y problemas legislativos)

**HORST EIDENMÜLLER, FLORIAN FAUST, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, NILS JANSEN, GERHARD WAGNER, REINHARD ZIMMERMANN \***

Universidades de Munich, Hamburgo, Ratisbona, Münster, Bonn e Instituto Max-Planck de Hamburgo, respectivamente

**TRADUCCIÓN DE BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO \*\***

Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Málaga

A comienzo del año 2008 se ha presentado el Proyecto de un marco común de referencia para el Derecho privado europeo (*Draft Common Frame of Reference-DCFR*). El texto es resultado del tra-

---

\* Horst Eidenmüller, LL.M., es catedrático de Derecho civil, y de Derecho societario alemán, europeo e internacional en la Ludwig-Maximilians-Universität de Munich; Florian Faust, LL.M., es catedrático de Derecho civil, mercantil, económico y comparado en la Bucerius Law School de Hamburgo; Nils Jansen es catedrático de Derecho civil, romano, europeo y de historia del Derecho en la Westfälische Wilhelms-Universität de Münster; Hans Christoph Grigoleit, LL.M., es catedrático de Derecho civil, mercantil, societario y europeo en la Universidad de Regensburg; Gerhard Wagner, LL.M., es catedrático de Derecho civil y procesal, alemán y europeo, en la Universidad de Bonn; Reinhard Zimmermann es Director en el Max-Planck-Institut de Derecho comparado e internacional privado.

\*\* Este artículo apareció en la *Juristenzeitung*, 2008, pp. 529-550. Una versión inglesa ha aparecido en el *Oxford Journal of Legal Studies*, 28 (2008), pp. 659-708. La traducción que aquí se presenta se basa en el original alemán, pero, conforme a las indicaciones de los autores, se ha seguido la versión inglesa en algunos puntos en que ésta resultaba más actualizada. He intentado ser lo más fiel posible al original, manteniendo los términos que allí aparecen; por regla general o prácticamente sin excepción se han mantenido en inglés las expresiones que aparecían en esa lengua en el original alemán, y que en su mayoría provienen directamente del texto inglés del *Draft Common Frame of Reference*. El lector debe tener en cuenta que el texto que es objeto de análisis por los autores de este estudio es el que se presentó a comienzos de 2008 como *interim outline edition*, y que varía en algunos puntos de la *final outline edition* presentada en 2009 [Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law-Draft Common Frame of Reference (DCFR), Munich, 2009].

bajo de un amplio número de especialistas en Derecho privado europeo de los países miembros de la Unión Europea y se plantea como una propuesta académica, queriendo responder exclusivamente a criterios científicos –y no políticos–. Detrás de su nombre un tanto complejo no se esconde otra cosa que el núcleo central de un proyecto de Código civil europeo. El texto que a continuación se recoge quiere dar noticia de ese hito fundamental del Derecho privado europeo y propiciar una discusión científica sobre él. Tras una breve exposición de la génesis y contenido del DCFR (I), se aborda la cuestión de hasta qué punto el DCFR es fruto de un núcleo de valores comunes consistente y convincente (II). Profundizando en eso, el trabajo analiza el valor que se concede en el DCFR a la autonomía privada, y hasta qué punto la regulación propuesta responde a las exigencias de la seguridad jurídica y la claridad requeridas a un texto de este tipo (III). A continuación se analiza el DCFR a la luz de los criterios de justicia y coherencia necesarios en un texto legal (IV), y se estudia si el proyecto refleja satisfactoriamente las fuentes que lo sustentan, es decir, no sólo los Principios de Derecho Contractual Europeo de la Comisión Lando y los Principios-*Acquis*, sino también la tradición de Derecho privado europeo común a los países miembros (V). Por último, se dedica cierta atención a la recepción en el DCFR de las más de 120 definiciones de conceptos centrales del Derecho privado europeo, que en esa forma y detalle no figuraban ni en los Principios de la Comisión Lando ni en los textos de Derecho privado de los países miembros.

## I. EL PROYECTO DE UN MARCO COMÚN DE REFERENCIA

### 1. ANTECEDENTES

La formación de un Derecho privado europeo es uno de los desarrollos jurídicos más importantes del momento presente. Se trata de un proceso en el que actúan conjuntamente la ciencia del Derecho, el legislador y la jurisprudencia<sup>1</sup>. Historiadores del Derecho como Helmut Coing nos habían expuesto los orígenes comunes que latían en todos los ordenamientos nacionales europeos<sup>2</sup>; y cultivadores del Derecho comparado, como Hein Kötz nos habían mostrado que en el ámbito del Derecho de contratos sigue siendo

<sup>1</sup> Sobre esos tres protagonistas del desarrollo jurídico en la tradición del Derecho europeo, R.C. VAN CAENEGEM, *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge, 1987.

<sup>2</sup> H. COING, *Europäisches Privatrecht*, tomo I, Munich, 1985; tomo II, Munich, 1989.

posible –o vuelve a serlo– identificar problemas comunes y, sobre una base de conocimientos compartidos, buscar una solución adecuada<sup>3</sup>. Sobre esas bases ha ido surgiendo una rica literatura jurídica, genuinamente europea, inspirada en este tipo de problemas<sup>4</sup>. El legislador europeo ha dictado además una veintena de Directivas referentes a cuestiones clásicas de Derecho privado, y muchas otras que también lo afectan, y que han sido, a su vez, objeto de un extenso tratamiento científico. Y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ido creando conceptos que son determinantes no sólo para el Derecho comunitario, sino también y de manera creciente, para el Derecho de los Estados miembros.

Junto a ello, no faltan obstáculos y límites a ese proceso de unificación. Así, el hecho de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no sea en modo alguno tribunal superior para cuestiones de Derecho civil en el ámbito de la Comunidad, o el hecho de que el legislador europeo carezca de una competencia general en materia de Derecho privado: cosa que él mismo sabe y que reconoce de forma sibilina cada vez que, al dictar una directiva, precisa «que se apoya especialmente en el artículo 95 del Tratado de las Comunidades Europeas». Sin olvidar que junto a los tratados, manuales, repertorios y monografías sobre Derecho privado europeo siguen existiendo otras tantas obras jurídicas dedicadas a los cerca de treinta ordenamientos estatales y regionales –escocés, catalán– que conviven en Europa: bibliografía jurídica que, ni apenas se ve influida por el Derecho europeo, ni se influye una a otra.

Ante este panorama, la implantación de un texto con autoridad para servir de referencia del Derecho privado europeo sería un importante paso adelante. La autoridad de dicho texto podría provenir bien *imperio rationis* o *ratione imperio*<sup>5</sup>: es decir, por efecto de su calidad científica y de su propia autoridad, o como consecuencia de que la Unión, en la forma legislativa que sea, lo adopte como suyo. El ejemplo más importante de un texto de referencia cuyo éxito ha venido exclusivamente *imperio rationis* es el de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL) de la llamada Comisión-Lando, publicados en tres partes en 1995, 2000 y 2003<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> H. KÖTZ/A. FLESSNER, *Europäisches Vertragsrecht*, tomo I, Tubinga, 1996.

<sup>4</sup> Sobre ello R. ZIMMERMANN, «Comparative Law and the Europeanization of Private Law», en: M. Reimann, R. Zimmermann (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2008, pp. 539 ss.

<sup>5</sup> Acerca de la discusión sobre el problema de la autoridad legal en tiempos del *ius commune*, N. JANSEN, *JZ* 2006, pp. 536 ss.; también N. JANSEN/R. MICHAELS, *RabelsZ* 71 (2007), pp. 345 ss.

<sup>6</sup> O. LANDO, H. BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parts I und II, La Haya, 2000; O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN (eds.), *Principles of European Contract Law*, Part III, La Haya, 2003.

Se trata de una obra privada que ofrece un amplio conjunto de reglas sobre los aspectos generales del Derecho contractual –y aun más allá, cubriendo en algunos puntos otras vertientes del Derecho obligacional–, fruto de un largo trabajo de Derecho comparado, y que puede servir, en muchos puntos, como pauta para la interpretación y el desarrollo de los propios ordenamientos estatales existentes en Europa<sup>7</sup>. De hecho, los PECL han empezado ya a desempeñar un papel fundamental en un proceso en cierto modo interno y orgánico de armonización del Derecho privado europeo<sup>8</sup>.

Sin embargo, el Parlamento europeo promueve desde hace ya tiempo la adopción de un texto de referencia *ratione imperii*, es decir, por vía de una codificación europea del Derecho civil<sup>9</sup>. Durante un cierto tiempo, la Comisión europea pareció flirtear también con esa idea, por más que limitándose al campo del Derecho de contratos<sup>10</sup>. Sin embargo, hoy día parece claro que ese Código europeo de contratos ni tiene apoyos reales para imponerse, ni cuenta con base competencial para realizarse –o, al menos, así lo entiende la doctrina ampliamente mayoritaria–. Lo cual ha provocado que se traiga a colación la posibilidad de aprobarlo como un «instrumento opcional», es decir, como un ordenamiento contractual adicional –paralelo a los en torno a treinta que existen en Europa–, que podría ser adoptado por las partes<sup>11</sup>. El enigmático concepto de «marco común de referencia» (CFR: *Common Frame of Reference*) ha ido asumiendo desde 2003 –momento en que por primera vez se usó, en una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo– un papel cada vez más destacado en todo ese debate sobre un instrumento opcional<sup>12</sup>. Desde

<sup>7</sup> Sobre ello, R. ZIMMERMANN, «The Principles of European Contract Law: Contemporary Manifestation of the Old, and Possible Foundations for a New, European Scholarship of Private Law», en: F. Faust, G. Thüsing (eds.), *Beyond Borders: Perspectives on International and Comparative Law – Symposium in Honour of Hein Kötz*, Colonia, 2006, pp. 111 ss., 141 ss.

<sup>8</sup> A modo de ejemplo, y en lo que se refiere a Alemania, *vid.* Bundestag-Drucksache 14/7052 v. 25.09.2001, fácilmente accesible en C.-W. CANARIS (eds.), *Schuldrechtsmodernisierung*, Munich, 2002, pp. 1051 ss., 1066; para España y Holanda C. VENDRELL CERVANTES Y D. BUSCH, *ZEuP* 16 (2008), núm. 3.

<sup>9</sup> Por primera vez en una Resolución de mayo de 1989; sobre ello, W. TILMANN, *ZEuP* 1 (1993), pp. 613 ss.

<sup>10</sup> Una visión de conjunto sobre la serie de Comunicaciones de la Comisión en N. JANSEN, *Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität*, Tubinga, 2004, pp. 2 ss.; R. ZIMMERMANN, *EuZW* 2007, p. 459.

<sup>11</sup> Sobre ello, D. STAUDENMAYER, «European Contract Law – What Does It Mean and What Does It Not Mean», en: S. Vogenauer, S. Weatherill (eds.), *The Harmonisation of European Contract Law*, Oxford, 2006, pp. 236 ss.

<sup>12</sup> La propuesta de la Comisión fue debatida en un Symposium en Graz; *vid.* R. ZIMMERMANN, *ZEuP* 15 (2007), pp. 109 ss., con contribuciones de A. Flesner, U. Blau-rock, R. Schulze, V. Trstenjak, N. Reich, G. Wagner, D. Martiny, F. Zoll, E. Kramer, U. Magnus, J. Basedow y W. Tilmann. La Asociación alemana de profesores de Derecho civil se ocupó del tema en sus Jornadas de septiembre de 2007; pueden verse las ponencias que



luego, no está claro qué estatus jurídico debería tener ese CFR; y tampoco queda claro qué fines últimos persigue su aprobación. La propia Comisión lo ha denominado en repetidas ocasiones como una «caja de herramientas» para una futura legislación sobre materia contractual<sup>13</sup>. Afirmación que lleva a preguntarse por cuáles son los ámbitos del Derecho contractual que la Comisión aspira a regular en un futuro. En estos momentos parece que sus intereses están centrados en la revisión del *acquis communautaire* en el ámbito del Derecho del consumo<sup>14</sup>. Pero si la Comisión quiere limitar sus actividades en un futuro a ese exclusivo ámbito, no haría falta para nada un CFR que se ocupe de la parte general del Derecho contractual, de los contratos en particular, de las relaciones obligatorias de origen legal, y de una cierta parte de los Derechos reales. Y el caso es que justamente de todo eso es de lo que se ocupa el Proyecto de CFR que se ha publicado a comienzos de 2008<sup>15</sup> (DCFR: *Draft Common Frame of Reference*)<sup>16</sup>. Aunque hasta ahora se trata del resultado de la discusión de un grupo de juristas, se presenta con perspectivas de convertirse en texto base de un futuro CFR adoptado por la autoridad comunitaria.

---

allí presentaron T. PFEIFFER, «Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU», *Archiv für die civilistische Praxis* (AcP), 208 (2008), pp. 227 ss.; y W. ERNST, «Der ‘Common Frame of Reference’ aus juristischer Sicht», *AcP* 208 (2008), pp. 246 ss. También fue objeto de debate el DCFR en las discusiones de la Sección 1.ª del 4.º *European Jurists’ Forum* (*European Contract Law*) que tuvo lugar en Viena en mayo de 2007; las contribuciones e información general pueden consultarse en: *4th European Jurists’ Forum* (Viena 2008), con trabajos de S. Weatherill, J. Smits, L. Vékás, M.J. Bonell, T. Wilhelmsson, B. Fauvarque-Cosson, B. Lurger y R. Zimmermann. *Vid.* también los trabajos aparecidos en *ERCL* 3 (2007), pp. 239 ss., en R. SCHULZE (ed.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, 2008, y en A. VAQUER (ed.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, Groningen, 2008, pp. 43 ss., con una serie de trabajos sobre diversas partes del DCFR —a pesar de lo que podría hacer pensar el título—, entre ellos K. LILLEHOLT, zur Miete beweglicher Sachen (pp. 55 ss.) y M. SCHMIDT-KESSEL con una panorámica de las normas sobre donaciones (pp. 77 ss.).

<sup>13</sup> *Vid.*, por ejemplo, Comisión Europea, *European Contract Law and the revision of the Acquis: the way forward*, COM(2004) 651 final; *vid.* también COM(2005) 184 final (*sub* 2.3. *in fine*).

<sup>14</sup> Comisión (EC), *First Annual Progress Report on European Contract Law and the Acquis Review v. 23.09.2005*, COM (2005) 456 final; *Green Paper on the Review of the Consumer Acquis v. 08.02.2007*, COM (2006) 744 final; *vid.* también *Second Progress Report on The Common Frame of Reference v. 25.07.2007*, COM (2007) 447 final.

<sup>15</sup> También crítico con esa gran amplitud temática del DCFR, R. SCHULZE, «The Academic Draft of the CFR and the EC Contract Law», en: *Schulze* (nota 12), pp. 10 ss.

<sup>16</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR): Interim Outline Edition*, Munich, 2008. Se trata de una «black-letter-only version»; en consecuencia, no contiene comentarios ni referencias de Derecho comparado, sino sólo el texto de los artículos. El tomo aparece precedido por una introducción de Ch. von Bar, H. Beale, E. Clive und H. Schulte-Nölke, en la que se exponen los objetivos del DCFR, su contenido fundamental, los valores en que se apoya, su estructura y lenguaje, así como su proceso de redacción.

## 2. CONTENIDO

Ese Proyecto de CFR consta en este momento de siete libros y dos anexos. El primer libro, de carácter algo heterogéneo, contiene sólo seis reglas: se refieren al ámbito de aplicación y la interpretación del DCFR, precisan el significado de los conceptos «por escrito», «en forma de texto», «firma» y de otros cinco elementos formales, así como remite a los dos anexos. Uno de ellos ofrece un catálogo de 122 definiciones, muchas de las cuales aparecen otra vez en el propio texto del DCFR<sup>17</sup>, mientras que el otro contiene una precisa regulación del cómputo de plazos junto a otro pequeño catálogo de términos referidos exclusivamente a ese anexo. Según expresan los propios autores del DCFR, las disposiciones contenidas en el libro I quieren servir como una guía para mejor uso del texto<sup>18</sup>.

Los libros II y III contienen lo que en Alemania se denominaría como teoría del negocio jurídico y parte general del Derecho de obligaciones. Así, en el libro II se encuentra la regulación sobre la perfección del contrato, la representación, la invalidez –en particular, lo referente a los vicios del consentimiento, y los negocios contrarios a la ley o al orden público–, interpretación, y contenido y efectos del contrato. El libro III se ocupa del cumplimiento, remedios jurídicos frente al incumplimiento, pluralidad de acreedores y deudores, transmisión de derechos y obligaciones –cesión de créditos, asunción de deuda, cesión de contrato–, compensación y prescripción. Desde el punto de vista sistemático, el material contenido en esos dos libros se ordena bajo los epígrafes «contratos y otros negocios jurídicos» (*Contracts and other juridical acts*; así el encabezamiento del libro II) y «obligaciones y derechos correspondientes» (*Obligations and corresponding rights*; libro III)<sup>19</sup>. Una obligación viene definida como un deber de prestación de una parte frente a otra en una relación jurídica («... a duty to perform which one party to a legal relationship, ... owes to another party»; art. III.-1:101); el

<sup>17</sup> *Vid. infra* VI.

<sup>18</sup> Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (nota 16), Introducción, número 45. Sobre ello O. LANDO, *ERCL* 3 (2007), 244 («One could have wished for a more appealing start»).

<sup>19</sup> Se muestran críticos con esa división incluso algunos miembros de los dos grupos redactores; *vid.* R. SCHULZE (nota 15), pp. 13 s.; O. LANDO, *ERCL* 3 (2007), p. 250 («... stringent and incomprehensible logic ... borrowed from German Law»). De hecho, como justificación de esa división sólo se encuentran en la Introducción al DCFR consideraciones apodícticas de tipo dogmático, tales como: «Similarly, a contract is not terminated. It is the contractual relationship, or particular rights and obligations arising from it, which will be terminated» [CH. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (nota 16), Introducción, núm. 52].

concepto queda así referido tanto a relaciones obligatorias nacidas del contrato como de la ley.

Como no podía ser menos, el contrato figura en el libro II como el tipo paradigmático de negocio jurídico. Otras formas de negocio jurídico –tales como la promesa unilateral, la concesión de un poder de representación, las declaraciones de ratificación, compensación o resolución– cuentan en ciertos puntos con una regulación particular (conclusión, interpretación). A menudo se le aplican las mismas reglas que a los contratos (forma, nulidad parcial) o se declaran aplicables analógicamente las normas que valen para los contratos (validez, integración por los usos y prácticas contractuales). También es digno de mención que tanto el libro II como el III comienzan con una parte general, que contiene los conceptos y principios generales (libertad de contratar, libertad de forma, buena fe), pero también un cierto popurrí de normas sobre diversas cuestiones jurídicas, que no contaban con un claro encaje sistemático en otro lugar (contratos mixtos, obligaciones condicionadas y a término, modificación contractual, desaparición de la base del negocio).

El libro IV está dedicado a concretas figuras contractuales y se ocupa en los seis epígrafes con que hasta ahora cuenta de la compraventa, el arrendamiento de bienes muebles, los contratos sobre prestación de servicios (con exclusión del contrato de trabajo), el mandato, la comisión mercantil y los contratos de franquicia y distribución, y las garantías personales. Como es lógico, las normas de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías han desempeñado un papel fundamental para la preparación de la parte relativa a la compraventa<sup>20</sup>; los autores del DCFR han podido así apoyarse en un modelo cuya eficacia ya se ha probado, y enlazar con todo un intercambio de opiniones a nivel internacional que se remonta hasta la fundamental monografía de Ernst Rabel sobre la compraventa internacional<sup>21</sup>. Situación de partida que no se daba en cambio, o sólo en muy limitada medida, respecto al resto de contratos mencionados; hasta qué punto el DCFR se ha adentrado aquí en un terreno aún virgen para el Derecho comparado y la armonización jurídica se ve con una rápida ojeada a la estructura del epígrafe relativo al contrato de prestación de servicios: tras una parte general (que a su vez viene precedida por unas

---

<sup>20</sup> V. HEUTGER, *Ein gemeineuropäisches Kaufrecht: Vision oder nahe Zukunft?*, Frankfurt a. M., 2007, pp. 171 ss.; *vid.* también A. VENEZIANO, «A Common European Law on Sales?», en: A. VAQUER (nota 12), pp. 41 ss. Sobre el valor del CISG, recientemente, M.J. BONELL, «The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law» (2008), 56 *American Journal of Comparative Law*, pp. 1 ss.

<sup>21</sup> E. RABEL, *Das Recht des Warenkaufs*, 2 tomos, Berlín, 1936 und 1958; sobre él, G. KEGEL, *RabelsZ* 54 (1990), 1 ff.

reglas de naturaleza aún más general), figuran una serie de apartados sobre la edificación, reparación, depósito, realización de proyectos (*design*), asesoramiento e información, así como tratamiento médico. Sobre muchos de esos particulares tipos de contratos de obras y servicios (como serían según la terminología del Derecho alemán) no contienen ninguna norma los Códigos hoy existentes en Europa. Para un jurista anglosajón le resultará sorprendente encontrar el arrendamiento de bienes muebles entre los contratos obligatorios, lo mismo que le resultará extraño a un jurista alemán que se le diga que el contrato de mandato no es esencialmente gratuito, o encontrar que las normas en cuestión se limitan, en caso de representación voluntaria, a regular la relación interna entre el representante y el representado<sup>22</sup>. El epígrafe relativo a las garantías personales se subdivide, en la estructura característica del DCFR, en una parte general y una serie de apartados especiales relativos a la fianza y las garantías autónomas. Los libros V, VI y VII se ocupan de la gestión de negocios ajenos sin mandato<sup>23</sup>, la responsabilidad extracontractual<sup>24</sup> y el enriquecimiento sin causa<sup>25</sup>. Un tanto llamativo es el celo regulativo que han desplegado los autores en las dos instituciones citadas en último lugar: basta contemplar que el enriquecimiento sin causa cuenta con más del doble de normas que las que se dedican a esta materia en el Código civil alemán (BGB).

En medio de esta sistemática más bien tradicional, se inserta el *ius novum* proveniente del *acquis communautaire* (a veces, ampliado mediante normas generalizadoras): no discriminación, deberes de información, entrega de bienes o prestación de servicios no solicitados, derechos de desistimiento (todo ello en el libro II), las reglas sobre garantías de bienes de consumo y una pluralidad de normas adicionales protectoras del consumidor en la compraventa (libro IV A), así como un apartado con normas especiales sobre garantías personales prestadas por un consumidor (libro IV G). Otras normas protectoras de los consumidores, que sin embargo no

<sup>22</sup> Vid. *infra* IV.2.

<sup>23</sup> Sobre ello, N. JANSEN, *ZEuP* 15 (2007), pp. 958 ss.

<sup>24</sup> Sobre ello, y sobre los *Principles of European Tort Law* del *European Group on Tort Law*, Viena, 2005, N. JANSEN, *RabelsZ* 70 (2006), pp. 732 ss.; M. SCHMIDT-KESSEL, *Reform des Schadensersatzrechts*, tomo I, *Europäische Vorgaben und Vorbilder*, Viena, 2006.

<sup>25</sup> Vid. CH. WENDEHORST, «The Draft Principles of European Unjustified Enrichment Law Prepared by the Study Group on a European Civil Code: A Comment», *ERA-Forum* 7 (2006), pp. 244 ss.; para una consideración más detallada de sus puntos de vista, WENDEHORST, «No Headaches over Unjust Enrichment: Response to Daniel Friedmann», en: K. Siehr, R. Zimmermann (eds.), *The Draft Civil Code for Israel in Comparative Perspective*, Tubinga, 2008, pp. 113 ss., 121 ss.; también J. SMITS, «A European Law on Unjustified Enrichment? A Critical View of the Law of Restitution in the Draft Common Frame of Reference», en: A. VAQUER (nota 12), pp. 153 ss.

han integrado un apartado especial, se encuentran contenidas en el libro IV, epígrafe B, relativo al arrendamiento de bienes muebles.

El DCFR no está aún completo. Hasta el momento se trata sólo de una «edición provisional» (*Interim Outline Edition*). La edición definitiva debe publicarse a finales de 2008. En la edición que actualmente manejamos faltan algunos epígrafes sobre ciertos tipos contractuales (contrato de préstamo y donación; para el contrato de préstamo se ha reservado la letra F del libro IV), así como libros autónomos sobre adquisición y pérdida de la propiedad sobre bienes muebles (VIII), garantías reales sobre bienes muebles (IX) y trust (X). Por tanto, y contemplado todo ello, se trata del Proyecto de un Código sobre la parte esencial del Derecho patrimonial. Quizá su extensión se percibe aun mejor cuando se contemplan las materias expresamente excluidas [art. I.-1:101 (2)]: capacidad jurídica de la persona física, derecho de sucesiones, derecho de familia, derecho de los títulos-valores, derecho del trabajo, derecho inmobiliario y derecho de sociedades. Queda por ver si finalmente se incluyen también en el libro IV del DCFR las normas sobre contrato de seguro que está trabajando un grupo de Hamburgo e Innsbruck<sup>26</sup>. También queda por decidir si el control de contenido de los contratos con consumidores se aplica sólo a las condiciones generales o también se extiende a las normas negociadas individualmente (cfr. los corchetes que figuran en el art. II.-9:404)<sup>27</sup>.

### 3. ORIGEN

La actual versión del DCFR es resultado del trabajo de *ocho* grupos internacionales, siete de los cuales actuaban coordinados por un mismo órgano central. A la vez que eso, hay que tener en cuenta que el DCFR es producto de lo que se podría llamar nueve «masas textuales». La más antigua de ellas procede de un grupo científico que no ha participado directamente en la preparación del texto: la ya citada Comisión Lando<sup>28</sup>. Esa Comisión concluyó su actividad con la publicación de la Parte III de los PECL en el año 2003. Continuator de ese grupo fue el *Study Group on a European Civil Code* que constituyó Christian von Bar en 1998, si bien sus

<sup>26</sup> CH. VON BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (nota 16), Introducción, núm. 59. Sobre el *Common Frame of Reference* de un Derecho europeo de seguros, *vid.* recientemente H. HEISS, «The Common Frame of Reference (CFR) of European Insurance Contract Law», en: R. SCHULZE (nota 12), pp. 229 ss.

<sup>27</sup> *Infra* III.1.a).

<sup>28</sup> *Supra*, nota 6.

finés, estructura y modo de trabajo era bien diverso<sup>29</sup>. A lo largo de los años, dicho *Study Group* ha ido evolucionando hasta constituir una red de grupos de trabajo<sup>30</sup>, que se ha ocupado y se sigue ocupando con aquellos ámbitos a los que no se dedicó la Comisión Lando. Esos grupos de trabajo tenían sus sedes en Osnabrück (obligaciones extracontractuales), Utrecht (compraventa), Tilburg (prestaciones de servicios), Amsterdam (comisión mercantil y los contratos de franquicia y distribución), Bergen (arrendamiento de bienes muebles), Hamburg (garantías personales) y de nuevo Amsterdam (mandato)<sup>31</sup>. Cada grupo de trabajo constaba y consta de un director y un número mayor o menor de colaboradores de diversas nacionalidades, así como un consejo consultivo internacional; y cada uno de esos grupos prepara una publicación autónoma, con una estructura muy semejante a los PECL<sup>32</sup>. El complejo regulativo recogido en esas publicaciones forma el fundamento para cada uno de los correspondientes libros del DCFR y, con ello, constituyen otras siete masas textuales allí reflejadas. El contenido de esos textos no sólo ha de ser aprobado por el respectivo consejo consultivo internacional, sino también por el enormemente grande «Coordinating Group» del *Study Group on a European Civil Code* (más de cuarenta miembros presididos por Christian von Bar).

Por lo demás, hay que tener en cuenta que el *Study Group*, aunque asume los PECL como fundamento de sus trabajos y, en consecuencia, del DCFR, ha llevado a cabo una revisión de esos principios, en algunos puntos más amplia y en otros más limitada<sup>33</sup>. Con ello, por un lado sale al paso de ciertas críticas que se habían hecho a los PECL, y que habían surgido o de escritos académicos o de los llamados «stakeholder-meetings», con los que la Comisión Euro-

<sup>29</sup> CH. VON BAR, en: *Festschrift Dieter Henrich*, Bielefeld, 2000, pp. 1 ss. Existe una cierta continuidad entre la Comisión Lando y el *Study Group* en cuanto que en torno a la mitad de los miembros de la tercera Comisión Lando siguen trabajando de una forma u otra en el *Study Group* (sobre todo, en sus puestos directivos), entre ellos y con particular importancia Christian von Bar, Eric Clive und Hugh Beale.

<sup>30</sup> Vid. en <http://www.sgecc.net> en «Organisation» (fecha de la comprobación 7.8.08).

<sup>31</sup> Los restantes grupos de trabajo, cuyos resultados no se han recogido todavía en el DCFR, tienen sus sedes en Osnabrück (Trusts, donaciones), Amsterdam (contrato de préstamo) Hamburg (garantías reales sobre bienes muebles) y Graz (adquisición y pérdida del dominio sobre bienes muebles).

<sup>32</sup> Hasta ahora han aparecido: CH. VON BAR, *Benevolent Intervention in Another's Affairs*, Munich, 2006; M. HESSELINK, J. RUTGERS, O. BUENO DÍAZ, M. SCOTTON, M. VELDMAN, *Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts*, Munich, 2006; M. BARENDRECHT, CH. JANSEN, M. LOOS, A. PINNA, R. CASCAO, S. VAN GULIK, *Service Contracts*, Munich, 2007; U. DROBNIG, *Personal Security*, Munich, 2007; K. LILLEHOLT, A. VICTORIN, A. FÖTSCHL, B.-E. KONOW, A. MEIDELL, A. BJØRANGER TØRUM, *Lease of Goods*, Munich, 2008; E. HONDIUS, V. HEUTGER, CH. JELOSCHKE, H. SIVESAND, A. WIEWIORSKA, *Sales*, Munich, 2008.

<sup>33</sup> Vid. Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (nota 16), Introducción, núms. 50 ss.; sobre ello *infra* V.2.

pea había intentado suscitar un cierto interés en la opinión pública por ese proceso de elaboración del CFR<sup>34</sup>. Por otro, emprende una modificación de los Principios, en parte necesaria para adaptarlos y coordinarlos con el resto de materias tratadas por el *Study Group*, y en parte debida al hecho de que el *Study Group* contempla como uno de sus objetivos fundamentales el desarrollo de unos conceptos y estructuras claras para el Derecho patrimonial europeo. No se puede olvidar que los PECL habían surgido sin un plan preestablecido y, en ese sentido, acusaban ciertos déficits en su concepción<sup>35</sup>. Esos tenían que ver con la decisión, tomada a lo largo de su proceso formativo, de ir en determinados puntos más allá de la parte general de contratos para abarcar otros aspectos del Derecho de obligaciones, y se muestran en ciertas discordancias entre las Partes I y II de dichos Principios y la Parte III, o en el uso a veces no del todo técnico de conceptos como *contract*, *claim* o *obligation*.

En algunos puntos la adaptación ha sido meramente terminológica, o se ha referido a aspectos más bien marginales; así, por ejemplo, en materia de prescripción y de compensación [en la que, con todo, conviene mencionar que se ha introducido una definición de compensación poco adecuada: art. III.-6:101 (1)]. En cambio, ha sido bastante amplia la reelaboración que han sufrido otras materias, como pueden ser las normas sobre representación, el contrato a favor de tercero (arts. II.-9:301 ss.) y la cesión (arts. III.-5:101 ss.)<sup>36</sup>. El resto de materias se encuentra entre ambos extremos. Según el artículo 2:201 (1)(a) de los PECL, se concluye un contrato cuando las partes tienen la voluntad de quedar vinculadas jurídicamente; según el artículo II.-4:101 DCFR, las partes deben tener la voluntad de entrar en una relación jurídica vinculante o pretender otro efecto jurídico. La cláusula general de buena fe del artículo 1:201 (1) PECL ha sido sustituida por dos normas referidas a las relaciones precontractuales [art. II.-3:301 (2) DCFR] y a las relaciones contractuales [art. III.-1:103 (1) DCFR], en la última de las cuales se intenta concretar por vía de enumeración en qué sentido una parte en un contrato tiene que actuar de acuerdo con las normas de la buena fe y del recto tráfico jurídico. En materia de negocios jurídicos anulables ha sido sustancialmente alterada la norma reguladora del error (art. 4:103 PECL frente a art. II.-7:201 DCFR)<sup>37</sup>. Los tres tipos de pluralidad de deudores, sobre cuya denominación

<sup>34</sup> Muy crítico con la manera en que dicho *stakeholder process* ha sido conducido, G. WAGNER, *ZEuP* 15 (2007), pp. 180, 189 ss. Positivo es el juicio de E. BRÖDERMANN, *ZEuP* 15 (2007), 304 ff.

<sup>35</sup> *Vid.*, por ejemplo, R. ZIMMERMANN (nota 7), pp. 114 ss.

<sup>36</sup> Sobre ello, *infra*, IV.1.

<sup>37</sup> Sobre ello, *infra*, V.2.b.

había debatido largamente la Comisión Lando, se llaman ahora *solidary, divided y joint obligations* (en vez de *solidary, separate y communal obligations*)<sup>38</sup>. Las reglas sobre cumplimiento e incumplimiento se han adaptado a la nueva sistemática del DCFR, de forma que se refieren a las obligaciones en general y no sólo a los contratos<sup>39</sup>. Lógicamente, los ejemplos citados no son más que un botón de muestra de las variaciones aludidas. A ellas hay que añadir todo un conjunto de normas que se han incluido en el DCFR en aras de la ya señalada pretensión de totalidad que éste tiene: así el artículo II.-1:108 DCFR sobre contratos mixtos o el artículo III.-6:201 DCFR sobre la confusión.

Finalmente, la novena de las citadas «masas textuales» proviene del *European Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group)*, fundado en el año 2002 y que tiene a Hans Schulte-Nölke como coordinador. A diferencia de la Comisión Lando y del *Study Group*, el objeto de su investigación consistía y consiste en elaborar un marco regulatorio basado en las normas comunitarias ya existentes (*acquis communautaire*). Por ello, los *Acquis Principles* parten de un modelo y concepción contrapuestos al de los PECL, donde el Derecho comunitario no fue objeto de tratamiento<sup>40</sup>. Lo mismo que el *Study Group*, el *Acquis Group* publica sus resultados en una serie de volúmenes autónomos; hasta noviembre de 2008 sólo había aparecido el primero de los dos volúmenes anunciados<sup>41</sup>. Un análisis de ese primer tomo, dedicado a los deberes precontractuales, la conclusión del contrato y el control de sus cláusulas, ha mostrado que los *Acquis Principles* no son resultado de una relectura crítica del sistema de protección de los consumidores establecido en el *acquis*, sino que, al contrario, en toda una

<sup>38</sup> En los *Unidroit Principles for International Commercial Contracts*, que están en proceso de revisión, las dos primeras categorías recibirán el nombre de *joint and several y separate obligations*, mientras que la tercera desaparece; sobre esa tercera categoría, proveniente del Derecho alemán., *vid.* S. MEIER, en: M. Schmoeckel, J. Rückert, R. Zimmermann (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB (HKK)*, tomo II/2, 2007, §§ 420 - 432/I, marg. 93, 98.

<sup>39</sup> Crítico con ello O. LANDO, *ERCL* 3 (2007), p. 250; R. SCHULZE (nota 15), p. 14 («The DCFR has, in this respect, become something else than a European contract law»). Otra valoración, en cambio, H. SCHULTE-NÖLKE, en: R. SCHULZE (nota. 12), p. 54 («The DCFR is nothing more than an extension of the PECL»), 60.

<sup>40</sup> Esto ha sido objeto de frecuentes críticas; *vid.* por ejemplo W. WURMNEST, *ZEuP* 11 (2003), pp. 729 s.; H.-W. MICKLITZ, *ZVglRW* 103 (2004), pp. 88 ss.; se explica por el hecho de que a comienzos de los ochenta, cuando comenzó sus trabajos la Comisión Lando, no se habían dictado todavía las Directivas sobre Derecho privado europeo.

<sup>41</sup> The Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group), *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) - Contract I: Precontractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms*, Munich, 2007. El tomo Contract II: Performance, Non-Performance, Remedies ha sido anunciado para diciembre de 2008; más información sobre ello, R. SCHULZE (nota 12) pp. 301 ss.



serie de puntos tiende más bien a su generalización<sup>42</sup>. Son esos *Acquis Principles* los que, en parte inalterados, pero en su mayor parte reelaborados, han tenido acceso al DCFR<sup>43</sup>. Con ello, hay que reconocer que los autores del DCFR han intentado afrontar una de las tareas más ineludibles del Derecho privado de nuestro tiempo: la de integrar todo el *acquis commun*, surgido de la larga tradición jurídica común a Europa, con el *acquis communautaire*, centrado sobre todo en la protección del consumidor. Ahora bien, esa tarea, si quería ir más allá de la mera yuxtaposición de materiales, hubiese requerido de un trabajo de reconceptualización de las normas sobre protección de los consumidores<sup>44</sup>; trabajo que no llevó a cabo el *Acquis Group*. En consecuencia, ese trabajo le había de corresponder al *Compilation and Redaction Team* (Presidencia: Christian von Bar y Eric Clive), que fue constituido sólo a comienzos de 2006, y que, como es lógico, apenas ha tenido tiempo de ocuparse de esta cuestión.

#### 4. ¿UN TEXTO ACADÉMICO?

Como ya hizo la Comisión Lando y, siguiendo sus pasos, otros grupos internacionales de trabajo, tanto el *Study Group* como el *Acquis Group* designan, de manera un tanto imprecisa, el producto de su trabajo como «Principios» (*Principles*). En realidad, se trata de un obra regulativa de estilo codificadorio, que podría ser promulgada sin más problema por un legislador que contase con competencia para ello. Cosa que se oculta con el concepto de *Common Frame of Reference*, elegido por la Unión Europea para denominar el producto. En lo que se refiere al estilo y a la estructura de la publicación resultante, ha servido de inspiración el trabajo de la Comisión Lando, lo mismo que ésta se sirvió de los *Restatements* norteamericanos<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Sobre ello, N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, *JZ* 2007, pp. 1113 ss.; *vid.* también *infra* V.1.b).

<sup>43</sup> *Vid.* sobre ello, desde la perspectiva del *Acquis Group*, los trabajos de C. TWIGG-FLESNER, ST. LEIBLE, E. TERRY y T. PFEIFFER en Schulze (*supra* nota 12), pp. 97 ss.

<sup>44</sup> Sobre ello, desde la perspectiva de la libertad de *ambas* partes de determinar el contenido contractual, J. DREXL, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübinga, 1998; también C.-W. CANARIS, *AcP* 200 (2000), pp. 273 ss.; R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations: Historical and Comparative Perspectives*, Oxford, 2005, pp. 159 ss.

<sup>45</sup> Cada volumen del *Study Group* contiene, además del texto de los artículos, un comentario con ejemplos de aplicación, así como anotaciones de Derecho comparado. Se ha previsto la misma forma para la presentación de la versión definitiva del DCFR. El *Acquis Group*, cuya obra es independiente del Derecho privado común que reflejan los diversos Derechos nacionales, ha de modificar ese esquema: aquí sólo figurarán junto a los artículos los actuales fundamentos normativos de esas normas en el *acquis*, y ejemplos de

Los autores del DCFR remarcan que se trata de un texto meramente académico, y no de un texto de autoridad o con legitimación política<sup>46</sup>. En consecuencia, el CFR que en su día pueda publicar la Comisión Europea es algo diferente de este proyecto académico de un DCFR. Sin embargo, como no podía ser menos, los propios autores declaran que uno de los objetivos del DCFR consiste en servir de proyecto para ese CFR<sup>47</sup>. Y hacia el final de la introducción dedican un largo párrafo a la cuestión de cómo el DCFR puede servir para preparar el camino al CFR<sup>48</sup>. De hecho, no parece creíble que la Comisión Europea, que ha apoyado con cuantiosos medios el trabajo del *Study Group* y del *Acquis Group*<sup>49</sup>, no vaya a querer adoptar el texto o servirse de él de algún modo. Ya sólo este hecho hace de él un documento de considerable importancia potencial para el desarrollo del Derecho privado europeo. En consecuencia, merece ser objeto de una especial atención y una discusión crítica lo más amplia posible. El presente artículo, cuyo origen se remonta a un seminario que tuvo lugar entre sus autores en el Max-Planck-Institut de Hamburgo, quiere espolear ese debate. Como es obvio, teniendo en cuenta la extensión del DCFR y la complejidad de las cuestiones allí tratadas, y la propia extensión de este artículo, no se trata más que de un primer intento de valoración. Intento de valoración que ofrecemos en respuesta a la amable invitación de

aplicación. A diferencia de lo que sucedió en la Comisión Lando, ha sido ahora el inglés el lenguaje de trabajo empleado por todos los grupos, y por ello el DCFR ha aparecido sólo en versión inglesa.

<sup>46</sup> Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núm. 4.

<sup>47</sup> Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núm. 6.

<sup>48</sup> Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núms. 60 ss.

<sup>49</sup> La ayuda se enmarca en el Sexto Programa marco sobre investigación de la Comisión Europea y mediante el establecimiento de una «network of excellence», en la que, además del *Study Group* y del *Acquis Group*, se integran otra serie de organizaciones. De ellas destaca la *Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française* y die *Société de Législation Comparée* que han presentado un tomo titulado *Terminologie Contractuelle Commune*, 2008, y otro titulado *Principes Contractuels Communs*, 2008. En el primero de esos volúmenes se examinan toda una serie de conceptos jurídicos tales como *contrat*, *obligation/devoir*, *acte juridique/fait juridique*, *ordre public et règles impératives*, *bonne foi*, *faute et manquement*, *préjudice*, *dommages et intérêts/indemnité* und *anéantissement*. El segundo tomo se ocupa de dos cuestiones: Por un lado se ocupa de tres «principes directeurs» del Derecho contractual europeo: *liberté contractuelle*, *sécurité contractuelle* y *loyauté contractuelle*; y propone una serie de reglas fundamentales que se antepondrían a los PECL. En segundo lugar se revisan los PECL a la luz de esos Principios directores. El tomo I, referido a la terminología, y la primera parte del tomo II (*principes directeurs*) parece constituir un proyecto de capítulos I y II de un CFR, tal como lo había previsto la Comisión Europea en su Comunicación de 11.10.2004, COM (2004) 651 final [vid. en *ZEuP* 13 (2005), 462 ss.]; el Conjunto normativo creado por el *Study Group* y el *Acquis Group* formaría el capítulo III de ese proyecto. Ahora bien, no está muy claro que esa iniciativa esté coordinada con la de los otros grupos (sobre todo, si se tiene en cuenta que la iniciativa francesa ha tomado directamente por base los PECL).

los autores del DCFR: «Criticism and comments are most welcome»<sup>50</sup>.

## II. VALORES SUBYACENTES Y VALORES EN CON-CURRENCIA EN EL DCFR

### 1. VALORES BÁSICOS COMPARTIDOS

Una obra legislativa no es una mera yuxtaposición de normas técnicas, sino que es, de suyo, expresión de una serie de valores e intereses. Por ello, a la hora de valorarla, tanto desde un punto de vista político como en cuanto a su claridad y consistencia dogmática, es esencial que se pueda reconocer cuáles son los fines normativos que se han perseguido y en qué medida y relación se han alcanzado cada uno. Cuestión totalmente distinta a la de si esos fines normativos han de ser explícitamente reseñados en una sección introductoria del texto, o la de si incluso deben ser explicados y presentados detalladamente.

En la introducción del DCFR se deja abierta la cuestión de si más adelante se completará el texto con esa sección introductoria<sup>51</sup>. En cualquier caso, algunos de los fines esenciales del Derecho privado son mencionados y descritos brevemente por los autores<sup>52</sup>. Entre ellos se cuentan la justicia, la libertad, la protección de los derechos humanos, el «bienestar económico»<sup>53</sup>, solidaridad y responsabilidad social. Aunque referidos sólo a la configuración del Derecho privado por la Unión Europea, también se citan la promoción del mercado interior y la conservación de la pluralidad cultural y lingüística. Como fines «formales» que deben ser tenidos en cuenta en la elaboración de *model rules*, los autores citan la racionalidad, la seguridad jurídica, la previsibilidad y la eficiencia. Pero dicha lista no debe considerarse cerrada. Así, por ejemplo, la protección de la confianza generada con la propia conducta o el principio de responsabilidad por los riesgos creados son también citados como fines importantes, si bien probablemente no pertenecen a los fines primordiales.

<sup>50</sup> Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núm. 77.

<sup>51</sup> Sobre ello Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núm. 11, 19.

<sup>52</sup> Sobre ello Ch. von BAR, E. CLIVE, H. SCHULTE-NÖLKE (*supra* nota 16), Introducción núm. 22 ss.

<sup>53</sup> «Bienestar económico» es un pleonasma: bienestar es de suyo un concepto económico. No hay bienestar que no sea económico.

## 2. CONTENIDO Y RELACIÓN ENTRE SÍ DE LOS VALORES FUNDAMENTALES

Contemplando esa pluralidad de principios o de valores fundamentales<sup>54</sup>, surge inmediatamente la pregunta de hasta qué punto pueden dichos principios servir para concretar cada una de las reglas del DCFR. Pues esa es precisamente la finalidad esencial de dichos valores fundamentales: «Any statement of them must ... give some practical guidance on how to read and to interpret the definitions and model rules contained in the CFR ...»<sup>55</sup>. Finalidad que parece problemática desde dos puntos de vista: por un lado, si se tiene en cuenta que el propio contenido de esos principios es en gran medida incierto, lo cual limita necesariamente sus posibilidades orientativas; por otra parte, porque el texto no ofrece respuesta a la cuestión sobre la relación en que se sitúan esos principios cuando se dé el caso –que en la resolución de casos concretos habrá de darse– de conflicto entre ellos.

La falta de claridad que dispensa la mera enumeración de valores fundamentales puede observarse claramente si se analizan los conceptos «libertad» y «justicia». Así, la libertad puede entenderse de maneras bien diferentes. El texto introductorio a los DCFR contiene algunas precisiones al respecto, pero se ocupa sólo de una manera muy general de la libertad contractual<sup>56</sup>. A las posibles concepciones sobre la libertad, bien alejadas unas de otras, pertenecen por ejemplo: (i) libertad formal en el sentido de no intervención estatal, en su caso limitada a determinadas esferas (por ejemplo, vida e integridad corporal); (ii) libertad en el sentido de garantía –también estatal– de ámbitos de actuación ajenos a la intervención de terceros (por ejemplo, mediante el Derecho penal); (iii) libertad en el sentido de una pluralidad real –de nuevo creada por el Estado– de opciones asumibles (concepto según el cual sólo aquellos que tienen suficientes recursos son libres y pueden permitirse ciertas opciones); (iv) libertad en el sentido de libertad de elección –concepto que desempeña un papel sobre todo en el contexto del fraude, la intimidación–. El texto introductorio no toma ninguna posición en relación con todas estas posibles concepciones.

<sup>54</sup> En la introducción del DCFR se habla continua e indistintamente de «principios», «aims» and «values». No es posible discernir un uso técnico de esa terminología, tal y como propuso por ejemplo *Dworkin* y desarrolló *Alexy*, distinguiendo entre reglas y principios (vid. R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, 1977, pp. 22 ss., 71 ss. *et passim*; R. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985, pp. 71 ss.). Tampoco se asume con claridad la distinción entre «core aims» y «more 'formal' aims» [vid. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 22].

<sup>55</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 18.

<sup>56</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 25 ss.

nes, por más que cada una de ellas es relevante para la interpretación del Derecho privado.

También sobre el significado y el contenido de la justicia existen las más variadas interpretaciones. A veces se usa ese concepto con el sentido de igualdad (con la pluralidad de significados que ésta a su vez entraña), otras como término de referencia en el que se sostiene una determinada concepción ética (por ejemplo, liberalismo, utilitarismo). También puede servir para referirse a concepciones de la justicia que podrían llamarse «procedimentales» («justicia mediante procesos»). El texto introductorio trata del asunto sirviéndose de la clásica distinción aristotélica entre justicia distributiva y justicia conmutativa<sup>57</sup>. El pasaje en cuestión dice que el DCFR se ocupa fundamentalmente de la justicia conmutativa, pero también a veces de la distributiva. En cualquier caso, es claro que esa vaga y marginal mención a una distinción tan antigua como controvertida es algo bien distinto a una consistente concepción de qué sea la justicia. Y desde luego, sólo esta última puede servir como herramienta de apoyo para la interpretación de las normas legales.

Por lo que respecta al resto de valores fundamentales del DCFR, se puede decir que es igualmente imposible fijar un contenido claro que pueda luego servir de criterio interpretativo. Así, por ejemplo, en lo que se refiere a la exigencia de solidaridad y responsabilidad social. Todo apunta a que se han querido evitar precisiones que entrañen concepciones políticas, a fin de evitar las controversias. Pero el resultado es que ese conjunto de principios fundamentales tan cuidadosamente elaborado apenas va a servir de nada al intérprete que tenga que trabajar con el DCFR.

Y el problema se agrava si se tiene en cuenta que el texto introductorio no ofrece respuesta alguna a la cuestión sobre la prevalencia y prioridad entre esos valores o principios fundamentales. Acertadamente se reconoce que en cada caso concreto surgirán conflictos entre esos valores o fines<sup>58</sup>. En consecuencia, ninguno de ellos podrá imponerse de forma rígida o sin atención a los demás, sino que al aplicar cada una de las reglas habrá que aplicarlos y llegar a puntos de equilibrio entre ellos. Pero justamente en la medida en

<sup>57</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 24. Sobre la interpretación de esa distinción *vid.* E.J. WEINRIB, *The Idea of Private Law*, Cambridge, 1995; C.-W. CANARIS, *Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht*, Munich, 1997, 9 ss. *et passim*; CH. WENDEHORST, *Anspruch und Ausgleich*, Tübinga, 1999, 3 ff., 13 ff. *et passim*; N. JANSEN, *Die Struktur des Haftungsrechts*, Tübinga, 2003, pp. 76 ss. *et passim*; H. EIDENMÜLLER, en: C. Ott, H.-B. Schäfer (eds.), *Ökonomische Analyse des Sozialschutzprinzips im Zivilrecht*, Tübinga, 2004, pp. 45, 46; J. GORDLEY, *Foundations of Private Law*, Oxford, 2006, pp. 12 ss. *et passim*.

<sup>58</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 23.

que se trata de principios fundamentales que pueden entrar en contradicción los unos con los otros, o que ponen el acento en soluciones diversas, es claro que su mera mención no servirá de mucho para la interpretación de las reglas, salvo que se hubiese establecido una serie de reglas de conflicto que estableciesen qué valores son prevalentes y, sobre todo, cuáles son las razones para dar la prevalencia a un valor o a otro.

Entre los citados valores o principios fundamentales, se puede decir que hay algunos especialmente predispuestos a entrar en conflicto, tales como los de solidaridad, eficiencia y justicia, o los de justicia y seguridad jurídica/previsibilidad (por cierto, que la cuestión de hasta qué punto existe un criterio de diferenciación entre estos valores es tan poco clara como la de la diferencia entre eficiencia y prosperidad económica). Hubiese sido de agradecer que al menos se hubiese aclarado la cuestión de cómo interactúan entre sí la eficiencia –la maximización de la tarta– y la solidaridad o *ius-titia distributiva* –el reparto de la tarta–, es decir, que se hubiese aclarado en qué medida el derecho de contratos es un instrumento adecuado para llevar a cabo fines redistributivos<sup>59</sup>. Desde luego parece claro que esos fines redistributivos se consiguen de manera más eficiente –es decir, con la mínima pérdida de prosperidad– por medio de impuestos y subvenciones que mediante normas de Derecho privado<sup>60</sup>. Del mismo modo puede decirse que las formas más adecuadas para la consecución de objetivos relacionados con la solidaridad, la responsabilidad social o la no discriminación se encuentran en las instituciones de Derecho público<sup>61</sup>. Una cierta claridad entre toda esta amalgama de valores se hubiese conseguido si al menos se hubiese distinguido con mayor nitidez entre Derecho privado y Derecho público, y se hubiesen recogido como valores fundamentales sólo aquéllos genuinamente ligados al Derecho privado. Cuantos más valores y fines fundamentales se le encargan al Derecho privado, más pierde éste en claridad y seguridad jurídica<sup>62</sup>.

En resumen, puede decirse que los principios y valores fundamentales que se encuentra en el texto introductorio del DCFR aca-

<sup>59</sup> Cfr. G. WAGNER, *ZEuP* 15 (2007), pp. 184 ss.

<sup>60</sup> Vid. S. SHAVELL, 71 (1981) *American Economic Review Papers and Proceedings*, p. 414; L. KAPLOW, S. SHAVELL, «Why the Legal System is less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income», (1994) 23 *The Journal of Legal Studies*, p. 667; H. EIDENMÜLLER, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübinga, 2005, pp. 289 ss.

<sup>61</sup> El hecho de que el Derecho comunitario contenga normas similares a éstas en sus Directivas no sirve para excusar que el *Acquis Group* no haya llevado a cabo una reflexión profunda sobre el sentido, finalidad y, sobre todo, ámbito de aplicación de esas normas.

<sup>62</sup> Sobre el Derecho privado como «Magna Charta» de una sociedad libre vid. entre otros F. BÖHM, *ORDO* 17 (1966), pp. 75, 77 s.

ban constituyendo una mezcla que carece de contornos precisos y criterios de relación. Para la interpretación de las particulares reglas del DCFR no sirve ese catálogo de criterios diversos, más aún si se tiene en cuenta que la enumeración no tiene el carácter de lista cerrada («at least»).

### 3. PLASMACIÓN DE LOS VALORES FUNDAMENTALES EN EL PROYECTO

Con independencia de qué valoración merezcan los fines y valores fundamentales asumidos por el DCFR, una obra de esta naturaleza puede valorarse en función del grado de realización efectiva de los fines propuestos. En este sentido, hay que «tomarle la palabra» al DCFR. Se tratará de ver cómo se han plasmado la pluralidad de valores fundamentales que, según los autores del proyecto, habían de conjuntarse en el plano normativo concreto<sup>63</sup>. Si esta labor se lleva a cabo de modo correcto, se alcanzarán ya los valores de seguridad jurídica y predecibilidad de la norma —que, de este modo, se erigen de algún modo en meta-valores de toda la obra—. Habrá que ver en qué medida se ha conseguido eso. Pero también se trata de ver si los valores fundamentales de carácter sustantivo que se han enunciado en el texto introductorio han encontrado un reflejo coherente y consistente en el texto regulatorio. Y no faltan razones para dudar de que se haya alcanzado este resultado, tal y como se deduce si se observa por ejemplo el texto legal desde la perspectiva del principio de eficiencia.

En el texto introductorio se declara de manera clara y sin ambages que la eficiencia y el bienestar económico son dos de los fines fundamentales que persigue el texto: «The rules in the DCFR are in general intended to be such as will promote economic welfare; and this is a criterion against which any legislative intervention should be checked»<sup>64</sup>. Inmediatamente después se declara que la eficiencia y el bienestar económico han de promoverse, por ejemplo, mediante la regulación protectora de los consumidores o los deberes de información<sup>65</sup>, una declaración que desde la perspectiva de los avances de una psicología cognoscitiva es sumamente discutible: el cúmulo de información que el DCFR prevé<sup>66</sup> no va a poder ser debidamente integrado por el particular (la utilidad de la infor-

<sup>63</sup> Vid. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 23.

<sup>64</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 29.

<sup>65</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 30.

<sup>66</sup> Vid. sobre ello *infra* V. 1. b) aa).

mación es decreciente y puede llegar a tener incluso un componente negativo)<sup>67</sup>, que apenas va a hacer uso de las facultades de desistimiento previstas, de modo que en muy pocos casos cumplen dichas facultades la función para la que se previeron (ha de tenerse en cuenta que esos derechos de desistimiento se atribuyen en una multitud de situaciones en las que se producen contratos ineficientes<sup>68</sup>).

La idea de una solución eficiente aparece explícitamente en el texto regulatorio sólo en dos ocasiones: en sede de dolo, donde para valorar la posibilidad de que exista dolo omisivo hay que considerar los costes que hubiese supuesto proporcionar la información [art. II.-7:205 (3)(b)]. Criterio de eficiencia que en cambio no se tiene en absoluto en cuenta ni para enjuiciar los deberes precontractuales de información (arts. II.-3:101 ss.), ni en la regulación sobre el error provocado en la otra parte [art. II.-7:201 (1)(b)], por más que aquí existían tantas razones como en el otro caso para tener ese criterio en cuenta. Y la otra ocasión en que se cita explícitamente el criterio de los costes es en la determinación de la calidad de las prestaciones en el marco de la regulación del contrato de servicios. Según el artículo IV.C.-2:105 (4)(b) deben tenerse en cuenta también los costes de las medidas de precaución que hubiesen sido necesarias para evitar un daño.

Resulta contradictorio tener en cuenta el criterio de los costes que supone suministrar la información a la hora de enjuiciar el dolo, y no tenerlo en cuenta en relación con los deberes de información o con el error provocado. Y respecto a otras instituciones no se hace referencia alguna al criterio de eficiencia. Ciertamente, las normas de Derecho privado pueden ser eficientes o no eficientes, sin necesidad de que se cite el criterio de su eficacia económica. También hay conceptos jurídicos indeterminados, como el de «negligencia» que tradicionalmente se valoran desde una perspectiva económica. Pero desde luego no parece que se pueda hablar de una particular relevancia del criterio de eficiencia en la concreta plasmación de las reglas del DCFR, por más que el texto introductorio haya hecho expresa mención de ese supuesto «valor funda-

<sup>67</sup> Vid. B. GRUNEWALD, *AcP* 190 (1990), pp. 609, 612 ss.; M. MARTINEK, *NJW* 1997, pp. 1393, 1396; S. KIND, *Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information*, Berlín, 1998, pp. 513 ss.; H. EIDENMÜLLER, *JZ* 2005, 216, 218; M. REHBERG, «Der staatliche Umgang mit Information», en: T. Eger, H.-B. Schäfer (eds.), *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, Tübinga, 2007, pp. 284, 319 ss.

<sup>68</sup> Vid. Bundestag-Drucksache 10/2876 v. 15.02.1985, 7 f.; M. LEHMANN, *GRUR* 1974, pp. 133, 140; G. MAGOULAS, A. SCHWARTZE, *JA* 1986, pp. 225, 230; KIND (*supra* nota 67), pp. 520 s.; M. REHBERG, *Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem*, Baden-Baden, 2003, pp. 243 s.; EIDENMÜLLER, *JZ* 2005, pp. 216, 221 s.; con menor escepticismo J. DREXL (*supra* nota 44), pp. 485 ss. Vid. también *infra* V. 1. b) bb).



mental». Si el DCFR se lo había propuesto como un específico valor a alcanzar, es claro que luego ha prescindido de él.

#### 4. DIVERGENCIA DE VALORES EN EL PLANO DE LAS NORMAS CONCRETAS

A los problemas ya mencionados hay que añadir que la relación entre los valores que postula el DCFR no queda resuelta en el plano de las concretas normas, por más que esto era lo prometido. Esto se debe sobre todo al abundante uso que se hace de cláusulas generales así como de conceptos jurídicos indeterminados. Resultado de esto es que, al final, la decisión sobre qué valor es el que ha de prevalecer y cómo se han de resolver los conflictos interpretativos en el plano normativo queda a la libre decisión del posible aplicador jurídico.

Normas tales como el artículo I.-1:102 (3)(b) pueden encuadrarse en el concepto de «cláusula general». Según ella, las reglas del DCFR han de interpretarse conforme con la *good faith* y *fair dealing*. Y lo mismo el artículo II.-1:102 (1), conforme al cual la autonomía privada debe entenderse limitada por la *good faith* y *fair dealing*<sup>69</sup>. O la que establece el deber de conducir la propia actuación de acuerdo con esos dos principios [art. II.-3:301 (2)]. También en la interpretación de los contratos se debe tener en cuenta esos criterios [art. II.-8:102 (1)(g)]. El artículo III.-1:103 (1) declara que *good faith* y *fair dealing* han de tenerse en cuenta en el cumplimiento de los contratos, el ejercicio de una pretensión de cumplimiento, el ejercicio de acciones derivadas del incumplimiento así como el ejercicio del derecho de resolución. El DCFR reitera este tipo de cláusulas generales en todos los planos. En total, el binomio *good faith/fair dealing* aparece más de veinte veces en el texto. Si esa reiteración se ha hecho con una intención concreta, ha de presumirse que es la de resaltar la importancia que los conceptos de *good faith* y *fair dealing* tienen en la tradición jurídica anglosajona.

La inseguridad jurídica que así se provoca se acentúa por el hecho de que, en la descripción de los supuestos de hecho y de las consecuencias jurídicas, junto a las cláusulas generales, se emplean muy frecuentemente conceptos jurídicos indeterminados. Entre ellos es quizás especialmente llamativo el uso del concepto *reasonable*; «razonable» —que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual todavía se refuerza: «fair and reasonable»— parece ser-

<sup>69</sup> Vid. más detalles *infra* III. 1. a).

vir para resolver cualquier problema<sup>70</sup>. En el texto regulatorio (sin contar el texto introductorio), aparece el concepto en sus diversas variantes [(un)reasonable/y] más de cuatrocientas veces. El catálogo de definiciones que figura en el Anexo I del DCFR da la siguiente aclaración: «What is “reasonable” is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices». Con esa explicación lo único que se hace es sustituir un concepto jurídico indeterminado por otras fórmulas igualmente vacías. Lo cual no ha sido obstáculo para que se haya afirmado que el frecuente uso del concepto *reasonable* es uno de los «puntos fuertes» del DCFR<sup>71</sup>.

Lo que significan en el caso concreto «fair dealing», «reasonable» o «good faith» depende fundamentalmente de los valores fundamentales antes aludidos y de la relación que exista entre ellos. Por ejemplo, piénsese en un juez que tenga que dictaminar sobre la imposición de una pena convencionalmente pactada o su moderación (art. III.-3:710), en un caso en que un consumidor, comitente de una obra, haya impuesto esa cláusula al pequeño constructor que actúa como contratista: la decisión del juez dependerá de si prefiere atenerse al principio de protección del consumidor o si se inclina por el de la justicia distributiva. Si la protección del consumidor se eleva a único criterio decisorio, se impondrá el comitente, mientras que si lo fundamental en este caso concreto es la protección de la parte contratante más débil, habrá que inclinarse a favor del pequeño empresario autónomo. Además, una decisión favorable a este último encaja mejor con una concepción sustantiva de la libertad de contratar, entendida como posibilidad real de elegir entre diferentes opciones. En cambio, si la libertad de contratar se entiende en un sentido meramente formal de libertad, igualdad y asunción de la propia responsabilidad, será fácil que la cláusula en cuestión escape del control judicial. Pero a todo esto se puede añadir que si la conservación de las diferencias culturales y lingüísticas son un bien que ha de protegerse, habrá que tener en cuenta si el pequeño empresario de nuestro ejemplo pertenece a una minoría étnica y, en consecuencia, debe gozar de una especial protección. En resumen: en función de qué principio se siga y qué rango se dé

<sup>70</sup> Ahora bien: Si algunas reglas incorporan la *reasonability* al supuesto de hecho y otras no, sería posible, al menos desde el punto de vista lógico, deducir que donde no figura tal concepto es posible una interpretación «irrazonable», cosa que no parece ser la querida por los autores del DCFR. Ahora bien, si esa conclusión no es la adecuada y la que se debe extraer, ¿para qué se ha introducido el concepto *reasonability*?

<sup>71</sup> Vid. S. TROIANO, «Das Konzept der Reasonableness als Mittel der Harmonisierung des Europäischen Vertragsrechts», en: R. Schulze (ed.), *New Features in Contract Law*, Munich, 2007, pp. 375 ss.

a cada principio resultará que la solución del caso va a ser una u otra.

No se crea que los conceptos de buena fe, recta conducta y razonabilidad agotan el arsenal de conceptos jurídicos indeterminados del DCFR. Otros, tales como *circumstances* (más de 90 veces), *(un)fair* (más de 70 veces)<sup>72</sup>, *similar* (más de 10 veces) o *normal* (también más de 10), se pueden ir espigando a lo largo del texto. Incluso se evita fijar con precisión los plazos: al contrario, muy a menudo se remite a un *undue delay* (28 veces). En consecuencia, previsiones que serían de importancia fundamental para la seguridad jurídica y el tráfico económico permanecen totalmente imprecisas.

Un ejemplo de lo que venimos diciendo puede verse en la regulación prevista para la representación cuando se da un conflicto de intereses (art. II.-6:109). Según esa regla, el *dominus negotii* puede impugnar un contrato celebrado por su representante cuando éste se hallaba en una situación de conflicto de intereses y la otra parte lo sabía o podía haberlo sabido. El párrafo segundo supone la existencia de conflicto en una serie de casos que se corresponden con los del § 181 BGB. Pero ese párrafo segundo no establece una lista cerrada, de forma que también en otros casos se puede entender que se ha producido conflicto. Pero resulta además que no cabe la impugnación del contrato celebrado por el representante en caso de conflicto de intereses cuando sea razonable pensar que el representado conocía la situación de conflicto y pese a ello no impugnó el negocio en un plazo razonable. El resultado del conjunto normativo es que los requisitos de esa impugnación se establecen en diferentes planos y por medio de conceptos jurídicos indeterminados: «conflicto de intereses», «ser razonable pensar», «dentro de un plazo razonable». Desde luego, no parece que esta sea la forma más adecuada de alcanzar una cierta seguridad jurídica, y menos aún en un ámbito tan sensible como éste<sup>73</sup>.

<sup>72</sup> El término *unfair*, naturalmente, aparece en las normas sobre control de cláusulas abusivas. En contratos entre empresario y consumidor o entre consumidor y consumidor se concreta como una *significantly disadvantages* (art. II.-9:404 y artículo II.-9:405). Especialmente llamativa es la vaguedad de la concreción que se ofrece en caso de contratos entre empresarios: «... grossly deviates from good commercial practice, contrary to good faith and fair dealing» (art. II.-9:406). Lo que se hace es sustituir un concepto jurídico indeterminado por otros conceptos jurídicos indeterminados y por una cláusula general.

<sup>73</sup> Se podrían ofrecer muchos más ejemplos como éste. Un ámbito muy sensible a la falta de seguridad jurídica es el de las normas de anulabilidad. Según el artículo II.-7:201 (2) la impugnación por error se excluye cuando «... (a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by [the] party [that wishes to avoid the contract]». Sobre la anulación por error en el DCFR *vid.* también *infra* V. 1. b).

## 5. DIVERGENCIA DE VALORES: INSEGURIDAD JURÍDICA Y ARBITRIO JUDICIAL

La seguridad jurídica no puede ser un objetivo o valor más, sino que es expresión de un principio fundamental en un Estado de Derecho: por un lado, es un desarrollo del principio democrático y de la idea de protección de los derechos fundamentales, en cuanto que impone que cuestiones de gran importancia para los ciudadanos queden reservadas a la decisión de un parlamento democrático. Pero además la seguridad jurídica garantiza el principio de igualdad ante la ley, en cuanto que impone que los casos semejantes sean tratados de la misma manera. En consecuencia, en una sociedad democrática hay que circunscribir el ámbito que queda a la libre decisión de los órganos judiciales. Y no se puede obviar que las cláusulas generales y los conceptos jurídicos indeterminados entrañan de suyo una remisión de la decisión al juez<sup>74</sup>: en consecuencia, lo que se entienda en el caso concreto por *reasonable* o *due* variará en función de la visión que tenga el juez que lo ha de resolver.

Además, hay que considerar que la existencia de reglas claras y formuladas con precisión facilita a las partes la tarea de acomodar a ellas su conducta. En la medida que eso se consigue, se descarga el sistema judicial de conflictos y se alcanzan los fines que se había propuesto la norma. El (excesivo) uso de cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados exige además que exista una amplia base de conocimientos y conceptos compartidos, desarrollados a lo largo de una tradición común, que facilite su aplicación.

Para un (opcional) Código civil europeo, que tuviese al CFR como potencial precursor<sup>75</sup>, esa indeterminación es especialmente problemática, precisamente porque todavía no existe esa base de conocimientos compartidos. No se trata sólo de que la remisión de las decisiones políticas que se hayan de tomar al ámbito judicial vaya a revertir en una politización de la justicia. Es que, dada la existencia de diversas tradiciones jurídicas entre los Estados miembros de la Unión Europea, existe el peligro de que los tribunales nacionales interpreten los conceptos jurídicos indeterminados de forma que se amolden precisamente a la solución que preveía su Derecho para el caso de conflicto. Esta fue una de las razones por las que el legislador del BGB se inclinó por un lenguaje técnico

<sup>74</sup> Por todos P. HECK, *Grundriss des Schuldrechts*, Tubinga, 1929, § 4, 1, S. 11.

<sup>75</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 76; sobre ello *supra* I. 1 y 4.

que pudiese aportar la mayor claridad<sup>76</sup>. De otro modo, apenas se hubiese superado la dispersión jurídica anteriormente existente. Argumento que ha de valer con mayor razón para el conjunto de Europa. Justamente para un cuerpo regulatorio supranacional es especialmente importante que se prime una solución lo más precisa y sistemática posible. De otro modo, el DCFR, en vez de servir para determinar el contenido del Derecho, no cumplirá otra función que la de ofrecer una guía de temas para la búsqueda de un Derecho eminentemente casuístico.

Ante ese hecho no basta con alegar que otras obras de carácter supranacional, tal como la Convención de Viena, también contiene una pluralidad de términos jurídicos indeterminados. Es claro que ninguna codificación sale adelante sin servirse de esos conceptos y de cláusulas generales. Pero es muy diferente tener un núcleo de normas jurídicas relativamente determinadas para la solución de los casos concretos, cuyos resultados puedan ser corregidos por vía de cláusulas generales en casos excepcionales, a integrar, como hace el DCFR, las cláusulas generales en esas normas concretas, añadiendo además otras cláusulas generales a su lado. Y además, la posible indeterminación que pueda existir en las normas de la Convención de Viena no resulta problemática, en cuanto que las partes pueden sustraerse de tal indeterminación determinando el Derecho que rija su relación. En cambio, puede ser poco prudente que un instrumento meramente opcional pretenda ocuparse y legislar sobre áreas donde no existe todavía un claro consenso.

### III. DERECHO PRIVADO LIBERAL *VERSUS* DERECHO PRIVADO SOCIAL

#### 1. LIMITACIONES DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Conforme con el pluralismo de principios fundamentales asumido por los autores del DCFR, la autonomía privada es contemplada como un principio más entre muchos otros<sup>77</sup>. La apuesta por una equiparación entre la importancia de todos los valores hace que la libertad personal se someta a muchas trabas en la normativa propuesta. Ese hecho se plasma sobre todo en que el contenido del contrato pactado por las partes queda a merced de una serie de reservas de naturaleza normativo-objetiva y de una serie de están-

<sup>76</sup> *Vid.* G. PLANCK, *AcP* 75 (1889), pp. 327, 331.

<sup>77</sup> *Vid. supra* II. 2.

dares formulados en forma de cláusulas generales («good faith», «fairness» y otros). A diferencia de lo establecido en la regulación de instituciones singulares como la desaparición de la base del negocio, en la mayoría de los casos el DCFR ni menciona el carácter excepcional de ese tipo de inferencias o limitaciones a la autonomía privada, ni precisa los criterios de excepcionalidad que permiten su invocación<sup>78</sup>.

En el fondo, parece partirse de la idea de que las limitaciones a la autonomía privada establecidas por vía de esas cláusulas generales son menores que las que provocan las normas de derecho imperativo<sup>79</sup>. Sin embargo, la realidad es que las limitaciones establecidas a la autonomía privada en el DCFR van mucho más allá de las que se han propuesto recientemente para el Derecho privado desde la perspectiva llamada de la «sustantivización de la autonomía privada»<sup>80</sup>; esta última, al final, no consiste en otra cosa que en conceder una importancia mayor a los requisitos necesarios para que una actuación sea considerada como autónoma en un sentido jurídico. Incluso el alto grado de normativismo y burocratismo alcanzado por las Directivas europeas sobre Derecho privado queda en cierto modo eclipsado en comparación con el nuevo texto propuesto. Las Directivas limitan su aplicación a las llamadas relaciones-b2c (*business-to-consumer*), y limitan la autonomía privada de forma puntual, en aspectos en cierto modo previsibles para las partes intervinientes. En cambio, la tendencia del DCFR es a una limitación global y genérica de la autonomía privada de la que gozan las partes a la hora de configurar sus relaciones<sup>81</sup>.

a) *La buena fe y los usos mercantiles como conceptos primordiales del Derecho privado*

De particular intensidad es la regulación del artículo II.-1:102 (1), según el cual «[p]arties are free to make a contract ... and to determine its contents, subject to the rules on good faith and fair dealing ...»<sup>82</sup>. De esta manera, la libertad de contratar queda desde el primer momen-

<sup>78</sup> Conviene destacar, como supuesto donde en contra de lo habitual sí se resalta el carácter excepcional de la intervención, el caso de desaparición de la base del negocio. En efecto, aquí se dice expresamente que los contratos han de ser cumplidos aunque aparezcan dificultades [art. III.-1:110 (1): An obligation must be performed, even if...]. También en relación a la modificación de contrato se remarca el carácter excepcional de esta medida («exceptional change», «manifestly unjust»).

<sup>79</sup> Vid. Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*infra* nota 16), Introducción núm. 28.

<sup>80</sup> CANARIS, AcP 200 (2000), pp. 273 ss.

<sup>81</sup> Junto a los ejemplos que a continuación se verán, se puede ver esto también en el extensísimo concepto de deberes previos de información que maneja el DCFR, que apenas deja reconocible el principio de autorresponsabilidad. Vid. *infra* V. 1. b) aa).

<sup>82</sup> Vid. artículo 1:102 (1) PECL.

to sometida a una especie de tutela por la buena fe. Eso abre la puerta a un control del contenido contractual de corte general, de carácter mucho más amplio que el que podría derivarse de otros conceptos tales como la moral o las leyes prohibitivas. No cabe duda de que las facultades de intervención que de este modo se conceden al juez son mucho más extensas que las que actualmente existen en cualquier país de la Unión Europea o en el mismo Derecho comunitario. En particular, a través de un criterio tan general como el de la buena fe se subvierte la relación de regla general y excepción que existía entre la autonomía privada y los criterios existentes de control de contenido, tales como los derivados de la moral, las normas de Derecho imperativo o las normas reguladoras de las condiciones generales. El estándar de buena fe se aplicaría a toda clase de cláusulas de todo tipo de contratos, y dejaría incluso la puerta abierta a un control judicial sobre los precios fijados por las partes en sus contratos.

Es posible que los autores del DCFR no hayan sido plenamente conscientes de esas consecuencias. Por eso, a la vez, han previsto especiales requisitos para que se aplique el control de contenido de los artículos II.-9:402 y siguientes, que queda a su vez supeditado respecto al estándar de «fairness», y han establecido que ese control de contenido sólo se aplique a contratos entre empresarios y consumidores, y en caso de que una determinada cláusula haya sido introducida por el empresario en claro perjuicio del consumidor y en contradicción con las normas de la buena fe (art. II-9:404); y excluyen expresamente el control del precio y otros elementos esenciales [art. II.-9:407 (2)]. También aquí se ve la tendencia hacia un excesivo control de contenido en que la limitación de ese control a las «cláusulas no negociadas individualmente» se ha puesto entre corchetes, de forma que queda a merced del desarrollo futuro: el *Study Group* es partidario de un control de contenido de carácter general sobre todas las cláusulas de los contratos entre empresarios y consumidores, mientras el *Acquis Group* –con mejor criterio– prefiere excluir de ese control a las cláusulas negociadas individualmente, de forma que también en los contratos entre empresarios y consumidores haya un núcleo reservado a la decisión de la autonomía privada<sup>83</sup>. Por lo que respecta a los contratos

<sup>83</sup> La introducción de un control de contenido para todo tipo de cláusulas de un contrato entre empresario y consumidor, independientemente de que hayan sido negociadas individualmente o no, se planteó en la fase preparatoria de la Directiva sobre condiciones abusivas en contratos con consumidores, pero se acabó rechazando: Commission (EC) Proposal for a Council Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts COM (90) 322 final [1990] OJ C 243/2 de 28 septiembre 1990; una crítica al control de contenido referido a todo tipo de cláusulas en C.-W. CANARIS, en: *FS Lerche*, Munich, 1993, pp. 873, 887 ss.; H.E. BRANDNER, P. ULMER, *BB* 1991, pp. 701 ss.; P. HOMMELHOFF, *AcP* 192 (1992), pp. 71, 90 ss.

entre consumidores, así como entre empresarios, el control de contenido derivado del criterio de «unfairness» se limita a las cláusulas estándar (arts. II.-9:405 s.). Sin embargo, la definición de esas «cláusulas estándar» en el artículo II.-9:403 suscita la impresión de que en ese concepto pueden también incluirse cláusulas negociadas individualmente, que no se sustraerían entonces a ese control de contenido, de forma que al final éste también se aplicaría en determinadas circunstancias a las cláusulas que hayan pactado individualmente dos empresarios —una consecuencia que, a la vista de la definición de «cláusulas estándar» en el Anexo, probablemente no se pretendía—<sup>84</sup>.

El criterio de buena fe resulta a su vez completado y apuntalado por medio del artículo II.-1:104 (2), conforme al cual las partes están sometidas a los usos comerciales («The parties are bound by a usage...»). Al no decirse que esos usos tengan carácter complementario de la declaración de voluntad, o que sirvan meramente como normas interpretativas o integradoras de ésta<sup>85</sup>, parece deducirse que esos usos tienen rango preferente respecto a la autonomía privada: se constituye así otra limitación a la libertad de contratar que no cuenta con precedente ni paralelo en ninguno de los ordenamientos europeos.

#### b) *Imposición de un deber general de cooperación*

A las limitaciones ya citadas hay que sumar la recogida en el artículo III.-1:104, que menciona un deber general de «cooperación» de las partes<sup>86</sup>. También aquí habría que precisar mucho los requisitos para que se deba entender aplicable ese genérico deber, pues lo lógico es partir de que las partes ya han regulado en el contrato los deberes que se van a deducir de él. Pero lo cierto es que la primacía de la autonomía de la voluntad al prever las consecuencias del contrato ha quedado oscurecida por la incorporación de ese deber general de cooperación, que a su vez se ve reforzado por el establecimiento de hasta cinco (!) deberes adicionales de cooperación<sup>87</sup>. A lo anterior, se debe sumar que el DCFR prevé otros meca-

<sup>84</sup> *Vid. infra* VI. 1.

<sup>85</sup> En este sentido *vid.* por ejemplo §§ 242 BGB, 346 HGB (Código de Comercio alemán).

<sup>86</sup> *Vid.* artículo 1:202 PECL. El deber de cooperación es muestra también de la convicción de los autores del DCFR de que el Derecho privado ha de promover un cierto altruismo: *vid.* Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (*supra* nota 16), Introducción núm. 32.

<sup>87</sup> *Vid.* artículo IV C.-2:103 (Reglas generales sobre contrato de servicios); artículo IV C.-3:102 (contrato de obra); artículo IV C.-4:102 (Especificación); artículo IV D.-2:101 (Mandato); artículo IV E.-2:201 (Representación mercantil, franquicia y contratos de distribución).



nismos generales, que a menudo se solapan con el deber general de cooperación, para extender el complejo de deberes derivados del contrato: así, el deber de las partes de observar en el desarrollo del contrato los deberes derivados de la buena fe (art. III.-1:103), así como deberes de conducta derivados de un «cambio de circunstancias» que pueda considerarse relevante (art. III.-1:110). El establecimiento de esos genéricos deberes de cooperación acaba por amenazar y enturbiar la vinculación de las partes a las concretas cláusulas contractuales, ya que la inseguridad que tan vagos criterios provoca puede acabar sirviendo para que el deudor pretenda acogerse a ellos para huir de las obligaciones más gravosas y para que el juez tome pie de ellos para buscar por su cuenta la «justicia contractual».

## 2. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA-CONTRACTUAL: APERTURA DE LAS COMPUERTAS

Otros ejemplos de la prevalencia de los principios de «solidaridad y responsabilidad social»<sup>88</sup> frente al criterio de autorresponsabilidad pueden verse en materia de responsabilidad contractual y extracontractual.

### a) *Responsabilidad contractual*

En el ámbito de la responsabilidad contractual, el artículo III.-3:701 (3) declara que cualquier daño es susceptible de indemnización, independientemente de que sea o no de naturaleza patrimonial. En los de naturaleza patrimonial se incluyen tanto el daño emergente como el lucro cesante, la pérdida de valor y los «burdens incurred», es decir, los gastos realizados. Entre los de naturaleza no patrimonial se cuentan, según el artículo III.-3:701 (3) frase segunda, los dolores sufridos y los deterioros experimentados en la calidad de vida (*impairment of the quality of life*).

Tal y como demuestra el uso de la palabra «includes» en esas definiciones, las enumeraciones que allí se hacen no son exhaustivas. En consecuencia, si los tipos fundamentales de daños son enunciados con carácter meramente indicativo, es porque la responsabilidad contractual se extiende a cualquier daño o perjuicio, sea del tipo e importancia que sea. De ahí se deriva que, respecto a muchos países de la Unión, el sistema suponga una extensión de

<sup>88</sup> Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke (infra nota 16), Introducción núm. 22; sobre los valores superiores, *supra* II. 2.

los daños indemnizables. Por ejemplo, respecto al Derecho alemán, al que se le ha criticado con razón que no contempla suficientemente la protección de intereses inmateriales, particularmente cuando el contrato se dirige a la protección o la promoción de éstos<sup>89</sup>. Pero al DCFR se le puede achacar el defecto contrario, que contempla un deber de reparación prácticamente ilimitado. En ese sentido, se puede decir que es más parecido al sistema francés de indemnización. Pero se debe tener en cuenta que allí el juez cuenta con unas amplísimas facultades discrecionales para moderar el daño<sup>90</sup>. Además, se debe tener en cuenta que el Derecho francés ha desarrollado toda una serie de criterios que tienen la finalidad de establecer límites al concepto de daño y al de resarcimiento: así, según el artículo 1.151 *Code Civil*, para ser susceptible de reparación, el daño debe ser «une suite immediate et directe» del incumplimiento<sup>91</sup>. Apoyándose en esa fórmula pueden los tribunales franceses pasar por alto la indemnización de daños mínimos y establecer límites razonables a la indemnización de daños inmateriales. Pero el DCFR carece de ese tipo de instrumentos, ni va a encontrar fuera de Francia una tradición jurídica acostumbrada a tratar con un concepto tan amplio de daño contractual.

#### b) *Responsabilidad extracontractual*

La tendencia a extender la responsabilidad suprimiendo los diferentes limitaciones y distinciones existentes en el Derecho de cada uno de los Estados miembros no es sólo algo característico de las normas sobre contratos del DCFR, sino también –e incluso de manera agravada– de las normas sobre responsabilidad extracontractual contenidas en su Libro VI.

##### aa) Daños patrimoniales y daños no patrimoniales

El libro VI del DCFR, que lleva el nombre, un tanto desacomunado, de «Non-contractual liability arising out of damage caused to another», resulta un tanto complejo en su estructura. Eso se debe a que el texto, aunque renuncia al requisito de que exista una infracción de un bien jurídico protegido para que surja el deber de indemnizar, y se orienta directamente al concepto de daño («damage»), luego enumera en los artículos VI.-2:101, VI.-2:201

<sup>89</sup> Sobre ello G. WAGNER, en: Deutscher Juristentag (ed), *Verhandlungen des 66. Deutschen Juristentags*, tomo I, Munich, 2006, A 49 ss.

<sup>90</sup> G. VINEY, *Les obligations, La responsabilité: effets*, París, 1988, Nr. 62 ff.; C. VAN DAM, *European Tort Law*, Oxford, 2006, núm. 1202-1.

<sup>91</sup> A. BÉNABENT, *Droit civil – Les obligations*, París, 2005, marginal 416.

hasta VI.-2:211 una larga lista de intereses protegidos. La responsabilidad dimanante del libro VI requiere que se haya infringido uno de los bienes jurídicos protegidos enumerados en esas normas, y que se den el resto de requisitos exigibles en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, tales como causación del daño, y culpa del causante o existencia de un criterio de responsabilidad objetiva (arts. VI.-3:201 ss.). Viendo la amplia lista de bienes jurídicos protegidos uno llega a la conclusión de que el DCFR, si bien no contiene una cláusula general al estilo de las de los artículos 1.382 y 1.383 del Código civil francés, delinea el ámbito de la responsabilidad extracontractual mediante este conjunto de categorías de daños. En comparación con él, el capítulo dedicado a los «remedies» es más bien breve (arts. VI.-6:101-106).

Un examen de los hechos jurídicos que entrañan responsabilidad confirma la tendencia, que ya se vio en materia de responsabilidad contractual, a extender los supuestos que generan un deber de indemnizar. Así, en materia de daños a la salud o a la integridad física, el artículo VI.-2:201 declara que hay deber de indemnizar los costes del tratamiento médico llevado a cabo, incluidos los gastos realizados por los familiares para poder atender a la persona que sufrió el daño. Esto es algo lógico, pero la definición no es exhaustiva, sino meramente ejemplificativa, tal y como se deduce de las palabras introductorias «such loss *includes* ...». De ahí se puede deducir que, en caso de daños a la salud y a la integridad física, también se deben indemnizar los daños inmateriales, lo cual se ve confirmado por el hecho de que el artículo VI.-2:101 (4)(b) defina los daños inmateriales tal como ya lo hizo el artículo III.-3:701 (3) en su frase segunda, incluyendo entre ellos los sufrimientos físicos (*pain and suffering*) y el deterioro en la calidad de vida (*impairment of the quality of life*)<sup>92</sup>. El término «includes», repetido aquí de nuevo, muestra que tampoco aquí la enumeración es exhaustiva. El resultado es que cualquier daño provocado por una lesión corporal con independencia de que se trate de un daño patrimonial o inmaterial, queda sujeto a indemnización. Una vez más, las normas del DCFR parecen muy cercanas a las del sistema francés. Pero no se puede olvidar que las normas francesas de responsabilidad civil exigen que el daño sea «direct, actuel et certain», y

<sup>92</sup> Por desgracia, el artículo VI.-2:201 no hace referencia al artículo VI.-2:101 (4) (b), y por ello no se aclara por qué las categorías de «economic loss» y «non-economic loss» no aparecen en las categorías enumeradas en el artículo VI.-2:201 ss. Resulta lamentable la falta de coordinación de esas dos normas, porque con el texto actual el artículo VI.-2:201 no cumple su propósito de definir el «legally relevant damage» en caso de lesiones corporales o a la salud. Habrá que tomar en sentido literal el «includes» del artículo VI.-2:201 (2)(a) y recurrir al artículo VI.-2:201 (4) para fundar, por ejemplo, una pretensión de resarcimiento en caso de daño corporal.

que los jueces franceses saben servirse de esa fórmula para limitar el ámbito de responsabilidad<sup>93</sup>, mientras que el DCFR no contiene una fórmula o criterio limitativo semejante.

bb) Resarcimiento por meros daños corporales

La tendencia a suprimir los límites existentes al resarcimiento de daños y perjuicios da un paso adelante cuando el artículo VI-6:204 declara indemnizables también los «daños corporales en cuanto tales» (*injury as such*). Esa pretensión de resarcimiento se sitúa al lado de las provenientes de daños patrimoniales y no patrimoniales, tal y como se deduce de la adición de las expresiones «loss» y «injury as such» en los artículos VI-2:201 (1), VI-6:204 y en la definición de «damages» del Anexo I del DCFR, de forma que introduce una tercera categoría al lado de las otras. Ahora bien, se plantea la siguiente pregunta: si, conforme con el artículo VI-2:201 (4), «loss» comprende el conjunto de daños patrimoniales (letra a – *economic loss*) y de daños no patrimoniales (letra b – *non-economic loss*), ¿qué es lo que comprende «injury as such»?

Los «daños corporales en cuanto tales» supone una recepción del concepto de «danno biologico», nacido en Italia. El Derecho italiano ha desarrollado la categoría del puro daño a la salud, a fin de encontrar una salida a su regulación, excesivamente estrecha, de la «indemnización por daño corporal»<sup>94</sup>. En Italia, adicionalmente a los costes del tratamiento médico, a las pérdidas de ganancias y la propia indemnización por daño corporal (*pain and suffering*), se concede hoy una indemnización por la merma de funciones corporales, cuya función no resulta muy diferente a la de las rentas para personas discapacitadas del sistema de previsión social<sup>95</sup>. En esencia se trata de conceder una compensación por la pérdida de funciones corporales y de calidad de vida a ellas asociada. El DCFR, sin embargo, no limita la indemnización de daños inmateriales a

<sup>93</sup> J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, tomo 2, Le fait juridique, 10. ed., París, 2003, marginal 136 ; F. TERRÉ, PH. SIMLER, I. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8. ed., París, 2002, marginal 700 ss. ; *vid. también supra* nota 91.

<sup>94</sup> Cfr. F. D. BUSNELLI Y G. COMANDÉ, «Country Report Italy» en W.V.H. ROGERS (ed), *Damages for Non-Pecuniary Loss in a Comparative Perspective* (Tort and Insurance Law vol 2, Viena, 2001), pp. 137 ss. B. MARKESINIS ET AL., *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Cambridge, 2005, pp. 84 ss. CH. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht I*, Munich, 1996, marginal 573 s.; G. WAGNER, (nota 89) A 46 ss.; *idem*, en: E. LORENZ (ed.), *Karlsruher Forum*, Karlsruhe, 2006: Schadensersatz – Zwecke, Inhalte, Grenzen, pp. 100 ss.

<sup>95</sup> F. D. BUSNELLI, G. COMANDÉ, «Compensation for Personal Injury in Italy», en: B.A. KOCH, H. KOZIOL (eds.), *Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Viena, 2003, núm. 1 ss.; G. COMANDÉ, «Towards a Global Model for Adjudicating Personal Injury Damages: Bridging Europe and the United States», (2005) 19 *Temple International & Comparative Law Journal*, pp. 241, 288 ss.

la «indemnización por daño corporal», sino que, en el artículo VI.-2:101 (4)(b), declara expresamente que también corresponde indemnización por la pérdida de calidad de vida<sup>96</sup>. En consecuencia, dado que en el DCFR el concepto de daño inmaterial es mucho más extenso que el del Derecho italiano, no se ve dónde va a poder aplicar una indemnización por «daños corporales en cuanto tales»<sup>97</sup>. Lo único que se ha conseguido, más bien, es que al aparecer el mismo daño en dos diferentes «títulos de resarcimiento», pueda haber quien piense que hay que indemnizarlo dos veces, por más que no parezca tal la intención de los redactores del DCFR.

cc) Indemnización por daño corporal de allegados, daños ecológicos u otros intereses

Por razones de espacio, no parece posible exponer en cada caso con detalle la tendencia del DCFR a extender la responsabilidad por hechos productores de un resultado dañoso. A modo de ejemplo sí que se puede mencionar que el artículo VI.-2:202 concede pretensiones de resarcimiento a los allegados no sólo en caso de muerte del primariamente afectado por el daño, sino también en caso de meros daños corporales: y lo que resulta más llamativo, lo hace de modo complementario a las pretensiones de resarcimiento del artículo VI.-2:201 (2)(a), a favor de los familiares por los gastos llevados a cabo para atender al lesionado y sin limitarlas al cónyuge y demás parientes<sup>98</sup>. Desde luego, resulta más que dudoso que esa extensión y multiplicación de indemnizaciones vaya a resultar un sistema recomendable<sup>99</sup>. Otro ejemplo digno de mención de esa extensión de la responsabilidad civil puede verse en el artículo VI.-2:209 que concede al Estado una pretensión para el resarcimiento de gastos llevados a cabo para la reparación del medio ambiente, que va mucho más allá de lo actualmente establecido por la Directiva sobre responsabilidad medioambiental<sup>100</sup>.

<sup>96</sup> Una visión introductoria sobre las diferentes formas de daños inmateriales que pueden surgir en caso de lesiones corporales o a la salud, en G. WAGNER, *JZ* 2004, pp. 319, 322 ss.

<sup>97</sup> Cfr. MARKESINIS ET AL., *supra* nota 94, p. 85: «The compensation thus given to the victim under this new heading of damage (*danno biologico*) covers all the different kinds of damage which English law would compensate under such headings as “loss of amenities of life”, Damage to the aesthetic appearance of the victim...».

<sup>98</sup> Sobre las pretensiones de resarcimiento a los familiares, G. WAGNER (nota 89), A 62 ss.

<sup>99</sup> ROGERS, *supra* nota 94, p. 264: «However such damages were to be assessed it would add a new dimension of complexity and uncertainty to even the simplest claims».

<sup>100</sup> Parliament and Council Directive 35/2004/EC of 21 April 2004 on environmental liability with regard to the prevention and remedying of environmental damage (2004) OJ L 143/56. Sobre su trasposición a Alemania, *vid.* G Wagner, «Das neue Umweltschadengesetz» (2008) *Versicherungsrecht*, p. 565; for other Member States cf. <http://www>.

Y no se debe además perder de vista que el catálogo de los artículos VI.-2:201 y siguientes que recoge los hechos que dan lugar a una responsabilidad extracontractual («legally relevant damage») no tiene carácter de lista cerrada. Como se dice en el artículo VI.-2:101 (1)(b), cualquier otro daño o pérdida es indemnizable, siempre y cuando sea resultado de la violación de un derecho concedido por la ley. Y aún va más allá el artículo VI.2:101 (1) (c), al declarar, con un formato ya cercano a la cláusula general, que cualquier otro interés jurídicamente protegido (*interest worthy of legal protection*) cuenta con la protección del derecho de daños. En suma, parece que se deja a los órganos jurisdiccionales dictaminar sobre hasta dónde llega la esfera de aplicación del Derecho de daños.

#### dd) Cláusula de reducción

Parece que a los autores del DCFR, después de haber extendido de tal modo el ámbito de aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual, les hubiese entrado una especie de «mala conciencia». No se entiende de otro modo que el artículo VI.-6:202 contenga una llamada «cláusula de reducción», que autoriza al juez a liberar, parcial o totalmente, a la persona que por ley debe responder de ciertos daños, en aquellos casos «where it is fair and reasonable»<sup>101</sup>. La propia norma se encarga inmediatamente de decir que esa reducción o liberación no puede ser razonable si el daño se cometió intencionadamente. En los restantes casos, es decir, en caso de daños producidos por negligencia o por conductas de riesgo, se puede conceder la reducción cuando la indemnización íntegra resultase desproporcionada en relación, (1) bien con la responsabilidad de la persona causante del daño, (2) la extensión de los daños<sup>102</sup>, o (3) las posibilidades de evitar el daño. Resulta un tanto sorprendente que no se haya contemplado como posible causa de reducción el desequilibrio económico entre los patrimonios de

soton.ac.uk/law/research/europelaw/EnvironmentalLiabilitydirective.html, consultado con fecha 7.08.08; más detalladamente sobre dicha Directiva, WAGNER, «Die gemeinschaftsrechtliche Umwelthaftung aus der Sicht des Zivilrechts», en R. HENDLER y P. MARBURGER (eds.), *Umwelthaftung nach neuem EG-Recht*, Berlín, 2005, p. 73; G. WAGNER, «Die gemeinschaftsrechtliche Umwelthaftung aus der Sicht des Zivilrechts» (2005) *Versicherungsrecht*, pp. 177 ss.

<sup>101</sup> De modo semejante, el artículo 10:401 Principles of European Tort Law del (concurrente) *Group on European Tort Law*; vid. O. MORÉTEAU, en: *European Group on Tort Law* (*supra* nota 24), 179 ss.; también § 1317 del Proyecto de reforma austriaco; vid. I. GRISS, G. KATHREIN, H. KOZIOL (eds.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechts*, Viena, 2006, pp. 9, 89 ss.; crítico con esto G. WAGNER, *JBl.* 2008, pp. 2, 18 ss.

<sup>102</sup> Este criterio no es muy claro, porque la extensión de los daños y la extensión de la indemnización son los dos reversos de la misma moneda.

los dos sujetos<sup>103</sup>; tal vez lo mejor sea subsumirlo en el segundo caso de los enunciados, que de otro modo quedaría vacío de contenido.

ee) Los peligros de una responsabilidad ilimitada

A pesar de los reparos que se puedan expresar frente a esa «apertura de compuertas» que realiza el DCFR en materia de responsabilidad extracontractual, la realidad es que el objetivo que se propone con esas medidas es merecedor del máximo respeto. No puede decirse que la «cláusula de reducción» subvierta esa finalidad. Más bien lo que hace esa cláusula de reducción es suscitar la siguiente pregunta: si los hechos productores de la responsabilidad extracontractual recogida en el Libro VI del DCFR cuentan con suficiente fuerza y consistencia como para justificar esa responsabilidad del causante del daño, ¿por qué se incluye esa cláusula de reducción? Además, hay que tener en cuenta que esa cláusula de reducción supone un arma de doble filo, ya que el criterio de proporcionalidad que justifica que los jueces puedan llevar a cabo una reducción de la responsabilidad del causante del daño puede servir de igual modo para justificar responsabilidad por un hecho no previsto. El DCFR puede, de este modo, acabar provocando que los jueces actúen como peculiares «agentes de redistribución».

El Libro VI contiene la no pequeña cifra de 57 artículos. Son muchos más que los cinco que dedica a la materia el Código civil francés<sup>104</sup>, e incluso que los cerca de treinta párrafos que le dedica el Código civil alemán. Pero a pesar de que no se pueda decir que le falten disposiciones sobre la materia, el resultado sigue siendo de una gran vaguedad<sup>105</sup>. Este hecho paradójico se explica por el rechazo que tiene el texto a las determinaciones precisas, y en el abuso de la palabra «includes». Al final, queda en manos de los jueces determinar qué intereses son merecedores de protección jurídica. Aceptado eso, tanto los daños patrimoniales como los inmateriales pueden liquidarse prácticamente sin limitación. Ahora bien, resulta que si el resultado contradice el sentido de la justicia del juez, la cláusula de reducción permite reducir la cuantía a la que a éste le parezca adecuada. Al final, todo esto acaba siendo una nueva muestra de la tendencia del DCFR a extender los poderes discrecionales del juez mediante el uso de cláusulas generales y

<sup>103</sup> G. WAGNER, en: *Münchener Kommentar zum BGB*, 4. ed. 2004, § 829, marginal 14 ss.

<sup>104</sup> No se cuentan aquí las disposiciones de los artículos 1.386 y siguientes del *Code Civil*, dedicadas a la transposición de la Directiva sobre responsabilidad por producto defectuoso.

<sup>105</sup> En el mismo sentido N. JANSEN, *RabelsZ* 70 (2006), pp. 732, 756.

conceptos jurídicos indeterminados. Se llega a la conclusión de que el paradigma en torno al cual gira todo el derecho de daños del DCFR no es la persona prudente que responde de su conducta, sino el juez paternalista que busca mejorar la sociedad por medio de sus sentencias.

#### IV. INCONSISTENCIAS NORMATIVAS

Visto el heterogéneo conjunto de valores que sostienen el DCFR, la diversidad de personas y grupos que han participado en su elaboración, y la premura de tiempo con que se ha llevado a cabo, no sorprende que el texto incurra en numerosas contradicciones conceptuales, sistemáticas y también teleológicas. No se trata de un problema que se refiera sólo a la tensión y conflicto en que se encuentran los «valores fundamentales» del DCFR<sup>106</sup>, sino que afecta también a numerosas materias que pueden tildarse de «no políticas», tales como la cesión de créditos, la representación o el mandato. La regulación de esas instituciones, divergente en buena medida de la de los PECL, requiere por ello de una particular atención.

##### 1. CESIÓN DE CRÉDITOS

No es este el lugar adecuado para llevar a cabo un análisis detallado de la normativa de la cesión, por más que hay muchos puntos que lo requerirían<sup>107</sup>. Nos vamos a limitar a señalar una serie de

<sup>106</sup> Sobre ello, *supra* II. 2.

<sup>107</sup> Así, la ineficacia real de las prohibiciones de disponer también en caso de cesión de créditos no dinerarios: Artículo III.-5:108 (1). Eso supone una importante disminución de la libertad de contratar, sin que se sepa exactamente a qué razón se debe (H. EIDENMÜLLER, *AcP* 204 [2004], pp. 457 464 ss., 471; H. KÖTZ, *Europäisches Vertragsrecht I*, Tubinga, 1996, p. 417). Poco afortunado, pero establecido en cierto modo para compensar lo anterior, es el efecto liberatorio de la prestación realizada por el deudor cedido al cedente, cuando el cedente con su cesión ha incumplido respecto a él (párrafo 2.º); *vid.* H. EIDENMÜLLER, *op. cit.*, p. 472. Según los artículos 11:301, 303 PECL una cesión contraria a lo pactado en el contrato sólo es posible en unos casos muy limitados, pero no cabe que el deudor cedido cumpla frente al cedente cuando sabe de la existencia de la cesión. El DCFR nos conduce así a la solución no muy técnica de que el deudor según el artículo III.-5:116 (2)(b) no podrá oponer al acreedor cesionario «defences» nacidas del incumplimiento de esa prohibición de ceder, por más que la norma del artículo III.-5:108 (2) fundaría esa excepción, porque el efecto liberatorio de la prestación se produce a pesar de que el deudor haya tenido conocimiento de la cesión. Probablemente, esas «defences» previstas son por ejemplo una resolución por cesión no permitida, pero en este punto el texto no es muy claro. Por último, muy problemático es también que una prestación llevada a cabo por el deudor a un cesionario aparente le libere cuando la comunicación ha sido llevada a cabo por el cesionario, igual que si fuera llevada a cabo por el cedente: artículo III.-5:118 (2).



problemas fundamentales que dificultan tremendamente –si no hacen sencillamente imposible– aplicar de un modo racional la regulación propuesta. En primer lugar hay que citar el problema de las modificaciones contractuales pactadas entre el cedente y el deudor y que afectan al crédito ya cedido. Dichas modificaciones contractuales pueden estar plenamente justificadas en contratos de obra no ejecutados y en relaciones obligatorias de tracto sucesivo: piénsese por ejemplo en un aplazamiento de pago, una remisión, una transacción sobre un posible vicio o una simple modificación de la prestación debida, por ejemplo cuando el comitente de la obra pide un material constructivo diferente al previsto y de menor precio o que un determinado equipo, cedido mediante leasing, sea sustituido antes de la expiración del contrato por otro más moderno. Todas las convenciones internacionales que se han adoptado en esta materia contienen soluciones para este tipo de problemas<sup>108</sup>. Según el artículo 11:308 PECL, este tipo de acuerdos son eficaces cuando se hacen de buena fe y no son contrarios a los intereses del cesionario. Si se cumplen esas exigencias, el acuerdo entre las partes resulta eficaz frente al tercero. La ventaja en relación con la solución de exigir la aprobación del cesionario es que se ahorran costes de negociación. El DCFR renuncia a establecer una regla de este tipo sobre la validez de dichos acuerdos. Todo lo que hace es recoger que el cedente se compromete a no modificar las condiciones del contrato más que con las condiciones enunciadas al respecto por los PECL [art. III.-5:112 (4)].

Ahora bien, si se tiene en cuenta que este tipo de acuerdos, conforme con el artículo II.-1:103 (1), carecen de fuerza vinculante si se realizan en perjuicio de tercero –el cesionario– o si suponen una disposición sobre un crédito por parte de un no-titular, resulta que la norma es en cierto modo absurda: el cedente se compromete a no realizar lo que de cualquier modo no puede hacer<sup>109</sup>. Si se pretende solucionar el problema diciendo que lo que hace la norma es conceder eficacia externa a tales acuerdos, pero imponiendo que el

---

Esta solución puede conducir a una total desprotección del acreedor, que no será responsable en modo alguno de haber creado ninguna apariencia jurídica; sobre ello H. EIDENMÜLLER, *op cit.*, 490.

<sup>108</sup> Así el convenio de UNIDROIT sobre contrato de Factoring, de 1988, el convenio de UNIDROIT-sobre derechos de garantía internacional sobre equipamiento mueble y sobre todo el Convenio de Naciones Unidas sobre acuerdos de cesión. Sobre ello, H. EIDENMÜLLER, *AcP* 204 (2004), pp. 457, 486 s.; C. HATTENHAUER, en: HKK (*supra* nota 38), tomo II/2, §§ 398-413, marg. 70 ss.

<sup>109</sup> La regulación de los PECL parece adecuada también porque en ella la cesión sólo resulta eficaz frente al deudor cuando se le comunica: G. LUBBE, *Assignment*, en: H. MacQueen, R. Zimmermann (eds.), *European Contract Law: Scots and South African Perspectives*, Edimburgo, 2006, pp. 307, 312 s., 329. En cambio, en el DCFR, la cesión tiene eficacia en virtud del mero *act of assignment*; siendo irrelevante su comunicación: artículos III.-5:104 (2), 5:113, 5:118 ss.

cedente indemnice por ellos al cesionario, la regulación resulta aún más extraña, porque entonces resultaría que un acuerdo llevado a cabo entre el cedente y el deudor en perjuicio del cesionario sería eficaz contra éste, y que a éste no le quedaría más remedio que acogerse a unas acciones de regreso. Solución a todas luces injusta y que no cuenta con precedentes en ningún ordenamiento nacional ni internacional.

También la adquisición de buena fe de un crédito se regula de forma poco coherente. Según el artículo III.-5:104 (*Basic requirements*) la cesión de créditos presupone entre otras cosas la existencia del crédito cedido y el poder de disposición del cedente. El artículo III.-5:111 precisa que sólo el acreedor está autorizado a llevar a cabo la cesión, y que esa cualidad no se ha de cumplir en el momento de la declaración de cesión sino en el de la transmisión del crédito. Las consecuencias parecen muy claras: se excluye la adquisición de créditos en virtud de la buena fe, de acuerdo con lo que establecen muchos derechos nacionales (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*), de forma que la segunda cesión realizada por un titular que dejó de serlo queda sin efecto. En consecuencia, en caso de doble cesión será el primer cesionario el que tendrá la prioridad, pues con la cesión se convierte en nuevo y único acreedor (art. III.-5:113). Pero resulta que, de forma totalmente contradictoria con eso, el artículo III.-5:120 (*Competition between successive assignees*) establece que en esos casos prevalece el cesionario que primero haya comunicado la cesión al deudor, salvo que conociese la cesión previa o debiese haberla conocido. Se trata de una solución que puede ser adecuada<sup>110</sup>, y que es la que adoptó el artículo 11:401 PECL, pero que, en cualquier caso, resulta contradictoria con lo establecido en el artículo III.-5:104. Si se opta por entender prevalente el artículo III.-5:120, resultará que el artículo III.-5:104 (que por cierto, no cuenta con norma paralela en los PECL) habrá de ser tenida por una norma superflua y provocadora de confusión.

Además, el DCFR no contiene una respuesta a la cuestión de si la cesión se ha configurado como causal, siguiendo el modelo francés, o como abstracta, tal como hace el Derecho alemán, de forma que no se sabe si su eficacia depende de la existencia de un negocio obligatorio anterior (por ejemplo, una compra de créditos, una donación o un acuerdo de garantía)<sup>111</sup>. Parece que la definición de

<sup>110</sup> Vid. O. LANDO, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN (*supra* nota 6), pp. 121 ss. (Comentario al art. 11: 401); C. HATTENHAUER (*supra* nota 108), marg. 72 con indicaciones de Derecho comparado.

<sup>111</sup> Para una discusión más amplia, C. HATTENHAUER, en: HKK (*supra* nota 38), tomo II/2, §§ 398-413, marginal 6, 18 s., 28 ss., 66 ss, y con las indicaciones que allí se hacen.

cesión como «contrato u otro acto jurídico que tiene por finalidad transferir un derecho» [art. III.-5:102 (2) <sup>112</sup>] tiende hacia un modelo abstracto. Dado que además las normas sobre compraventa prevén la compraventa de créditos [art. IV.A.-1:101 (2)(c)], parece que la cesión y el negocio de compraventa de créditos son dos cosas distintas. En resumen, parece que la transmisión de créditos exige solamente una cesión eficaz, pero no la concurrencia de un negocio causal, y que tiene por tanto carácter abstracto.

Pero luego resulta que según el artículo III.-5:112 (2), (3) DCFR, y de acuerdo con el modelo del artículo 1269 *Codice Civile* y del artículo 11:204 PECL, el cedente asume el papel de garante sobre numerosos aspectos relacionados con el crédito cedido: entre otras cosas, que él era titular del crédito y que no existían obstáculos jurídicos a su cobro, tales como posibilidad de compensarlo. Además, en caso de cesiones por causa de donación y de cesiones en garantía, el negocio de cesión debe reunir los respectivos requisitos de forma que se les exigen a aquellos negocios (art. III.-5:110). De forma que la cesión mezcla en este punto elementos propios de un negocio obligacional y de uno real, y su eficacia queda condicionada, al menos en parte, a la del negocio causal. El resultado es cuanto menos poco coherente.

Especialmente desacertada parece la distinta normativa sobre responsabilidad que figura de una parte en el artículo III.-5:112, relativo a la cesión de créditos, y de otra en sede de compraventa. Porque mientras que las normas de la compraventa prevén una exclusión de los deberes de garantía cuando el comprador conoce el defecto de conformidad (art. IV.A.-2:307), no existe ninguna norma de este tipo en la cesión de créditos. Y, en cambio, en caso de reclamaciones por parte de un tercero, el vendedor responde no sólo cuando ese tercero resulta tener un derecho sobre la cosa, sino también cuando interpone una demanda, aunque luego resulte infundada. Es decir, que responde aunque la demanda del tercero no triunfe (art. IV.A.-2:305) <sup>113</sup>. De forma que el vendedor de un crédito debería responder en caso de que un tercero quiera hacer valer una supuesta cesión previa, o cuando el deudor quiera hacer valer una supuesta excepción, por más que según el artículo III.-5:112 (2) el cedente no responde en este caso. Se plantea entonces qué relación existe entre los deberes de garantía en la compraventa y la cesión de créditos, dado que ninguna de las dos regulaciones puede ser considerada como especial respecto a la

<sup>112</sup> «An “act of assignment” is a contract or other juridical act which is intended to effect a transfer of the right.»

<sup>113</sup> Según la definición que se da en el Anexo I «a claim is a demand for something based on the assertion of a right».

otra<sup>114</sup>. Parece que la regulación de los deberes de garantía en la cesión sólo tiene sentido si se configura la cesión como un contrato obligatorio independiente, tal como hacen los PECL, de forma que no se superponga su regulación con la del contrato de compraventa. Pero la regulación de la cesión de créditos en el DCFR es poco clara desde el punto de vista dogmático y sistemático: en la medida en que parece regular el negocio como abstracto, coloca la figura en el ámbito de los derechos reales<sup>115</sup>; si no la configurase así, podría conceptuarse el negocio como un tipo de contrato –tal y como hace el Derecho italiano<sup>116</sup>–, o como una modalidad de compraventa –tal y como hace el Derecho francés<sup>117</sup>–.

## 2. REPRESENTACIÓN Y MANDATO

También parece estar mal concebida desde el punto de vista sistemático la relación entre las normas sobre representación, de una parte, y las del mandato y el contrato de servicios de otra. Aquí los problemas nacen de que mientras que el poder de representación (*authority*), de conformidad con la tradición jurídica europea de los últimos doscientos años, es concebido de manera abstracta, el mandato es concebido como su correspondiente en el Derecho de obligaciones, como contrato de apoderamiento, es decir, como un contrato por el que se confiere el apoderamiento a un representante<sup>118</sup>. Pero el mandato no se ha querido configurar como un tipo especial de contrato de servicios, por más que el concepto de servicio es tremendamente amplio y podía haber servido para englobar el mandato<sup>119</sup>. En consecuencia, surge un problema de delimitación no resuelto entre el mandato y los contratos de servicios en

<sup>114</sup> Mientras que desde la perspectiva de la compraventa la compraventa de un crédito supone un supuesto especial, desde la perspectiva del derecho de cesión de créditos el caso es inverso: aquí la cesión del crédito en virtud de compraventa es un caso especial.

<sup>115</sup> Esto se corresponde con el actual modelo holandés; sobre este problema H. KÖTZ (*supra* nota 3. 404 ss.

<sup>116</sup> Art. 1.260 ss. *Codice Civile*.

<sup>117</sup> Art. 1.689 ss. *Code Civil*; sobre él F. RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, 2. ed, Viena, 2003, pp. 442 s.

<sup>118</sup> Art. IV.D.-1:101 (1) define el *mandate* como un contrato, «under which: (a) a person ... is authorised and instructed ... to conclude a contract between the principal and a third party or otherwise affect the legal position of the principal in relation to a third party; ...» (*vid. infra* nota 119).

<sup>119</sup> Art. IV.C.-1:101 (1)(a) define el *service contract* como un contrato, «under which one party ... undertakes to supply a service to the other party ...», y el artículo IV.D.-1:101 (1) el *mandate* como contrato «under which: ... (b) the representative undertakes ... to act on behalf of ... the principal» (*vid. también* nota 118). Actuar para otro no significa al fin y al cabo otra cosa que realizar para él un servicio.

que el comisionado es también representante<sup>120</sup>: no quedará más remedio que tratarlos como contratos mixtos. Con el problema que entonces surgirá de compatibilizar dos regulaciones bien diferentes entre ellas, la del contrato de servicios y la del mandato<sup>121</sup>.

A este problema hay que sumar que también entre las normas del mandato y las de la representación se produce un solapamiento normativo, que revierte no sólo en redundancias, tales como duplicidad de definiciones idénticas<sup>122</sup>, sino también en contradicciones<sup>123</sup> y lagunas normativas. Así, y a modo de ejemplo, mientras en el *mandate* se le permite al representante contratar consigo mismo siempre y cuando el contenido del contrato que se le autoriza a celebrar está tan determinado que no haya riesgo alguno de que se pospongan los intereses del *principal* [art. IV.D.-5:101 (2)(d)], esa excepción no vale para la representación [art. II.-6:109 (3)]<sup>124</sup>. Y mientras que hasta en Alemania, pese al valor que allí se da a la abstracción de la relación entre mandato y representación, la extinción del poder se rige fundamentalmente por la relación jurídica que dio lugar a su otorgamiento (§ 168.1 BGB), el DCFR regula estas cuestiones de forma independiente entre ellas (arts. II.-6:112 y IV.D.-6:101 ss.). Según ello, el poder existirá hasta el momento en que sea razonable pensar que su revocación ha sido conocida por un tercero que tuvo conocimiento de su otorgamiento [art. II.-6:112 (1)]. Solución que supone cargar al representado con el deber de informar a terceros de la extinción del poder, aun en casos en que el poder se concedió para una finalidad específica o para un determinado periodo de tiempo<sup>125</sup>. No será el tercero el que tenga que probar el mantenimiento del poder aparente, sino que el representado ha de probar su extinción, cosa a menudo imposible, que va más allá de las nor-

<sup>120</sup> Una resolución expresa para este conflicto sólo se da (a favor del mandato) en los contratos en que el mandatario ha sido autorizado para iniciar los tratos preliminares para celebrar un contrato, pero sin llegar a concluirlo: artículo IV.D.-1:101 (4).

<sup>121</sup> Se formulan de modo diverso, por ejemplo, las normas sobre el precio (arts. IV.C.-2:101 y IV.D.-2:102), los deberes de cooperación (arts. IV.C.-2:103 y IV.D.-2:101) y las obligaciones de cuidado (art. IV.C.-2:105 y artículo IV.D.-3:103). Pero no se ve que exista ninguna razón objetiva para ese distinto tratamiento.

<sup>122</sup> *Vid.* por ejemplo artículo II.-6:102 (2) y artículo IV.D.-1:102 (b) («authority of a representative»).

<sup>123</sup> Así «revocation ... in relation to a juridical act» se define en el Anexo I como «its recall by a person or persons having the power to recall it, so that it no longer has effect», mientras que el artículo IV.D.-1:102 (h) la «revocation of the mandate of the representative» la configure como «the decision of the principal to no longer authorise and instruct the representative to act on behalf of the principal».

<sup>124</sup> El mismo problema surge en caso de conflicto de intereses por quien es representante en virtud de un mandato: en ese caso los artículos II.-6:109 (3), IV.D.-5:101 (2), y IV.D.-5:102 (2) contienen una regulación en parte diversa, aunque parece que la solución debiera ser coincidente. Ello conduce a innecesarios problemas interpretativos, ya que el aplicador ha de preguntarse por el sentido de que existan esas divergencias.

<sup>125</sup> Ya los PECL contenían en el artículo 3:209 (1) un deber demasiado amplio en este punto, pero el artículo II.-6:112 (1) del DCFR ha extendido aún más ese deber.

males exigencias de protección de la confianza y que no parece probable que haya sido pretendido con esas reglas. A la vez, y de modo contrario a lo anterior, se establece que la representación será revocable incluso cuando el mandato sea irrevocable: así se deduce del hecho de que la irrevocabilidad del mandato –regulada con mucho detalle (art. IV.D.-1:105)– sólo rija en las relaciones internas, mientras que en las relaciones externas sólo cabe una representación irrevocable cuando el representado se ha obligado con respecto a un tercero a no revocar dicho mandato [art. 6:112 (2)]. Tampoco esta solución parece muy convincente, porque si las partes han configurado su relación de mandato de forma irrevocable es para garantizar el poder de representación del representante, y no para que éste se tenga que contentar en caso de revocación con una indemnización de daños y perjuicios.

Finalmente, resulta también paradójica la situación que se produce en caso de que el representante se exceda respecto a las facultades que se le han concedido contractualmente (*mandate*) o de las competencias que se le han otorgado (*representation*). En caso de mandato se conceden al mandatario amplias facultades de actuación, siempre y cuando se desconozca la voluntad del mandante: artículo IV.D.-3:201 (1) <sup>126</sup>. Dichas facultades no se refieren a sus competencias para actuar con efectos frente a tercero, sino que ese punto queda remitido a la *representation* (3) <sup>127</sup>. Pero resulta que allí no se encuentra ninguna previsión sobre ello (cfr. art. II.-6:104: *Scope of authority*) <sup>128</sup>. Con lo cual resulta que el mandatario, en ciertos casos, parece poder excederse en su actuación del mandato que se le ha dado, pero sin que esa actuación produzca efectos. Solución que no sólo es desconcertante, sino que resulta contradictoria con la prevista para la gestión de negocios ajenos sin mandato (*Benevolent intervention in another's affairs*), donde el gestor puede actuar frente a tercero siempre y cuando sea razonable pensar que su conducta va a favorecer al *dominus negotii* (art. V.-3:106) <sup>129</sup>. Aunque según las normas que se publicaron en 2006 sobre *Benevo-*

<sup>126</sup> «The representative may act in a way not covered by the mandate if: (a) the representative has reasonable ground for so acting on behalf of the principal; and (b) the representative does not have a reasonable opportunity to discover the principal's wishes in the particular circumstances; and (c) the representative does not know and could not reasonably be expected to know that the act in the particular circumstances is against the principal's wishes».

<sup>127</sup> La remisión al «Book III ...» supone a todas luces una errata: debe decir al libro II.

<sup>128</sup> Tampoco en el artículo II.-6:112 (4), que lo que prevé es una especie de poder de representación necesario una vez acabado el poder normal.

<sup>129</sup> Aunque el texto es susceptible de ser malentendido, pues habla de que «may conclude legal transactions», se deduce del título («Authority of the intervener»), de la regulación del párrafo segundo y de la fundamentación (CH. VON BAR (*supra* nota. 32), Introduction, marg. 93 y Comentario a artículo 3:106) que se alude al poder de representación.

*lent intervention* ese poder de representación había de concederse también en caso del mandatario que se excediese del mandato<sup>130</sup>, el artículo IV.D-3:201 (3) establece justamente lo contrario, y no parece que sea un error de redacción. En cualquier caso, la regulación resulta incomprensible, y se puede considerar como una consecuencia de la exagerada separación que ha establecido el DCFR entre mandato y representación: que haya que deslindar y distinguir uno de otro no significa que sus regulaciones no tengan nada que ver entre ellas.

## V. DÉFICIT DE REFLEXIÓN EN EL TRATAMIENTO DEL ACQUIS COMUNITARIO EXISTENTE Y LOS PECL

Otro aspecto importante a la hora de realizar una valoración del DCFR es su relación con los textos que le sirven de base. A este respecto, y a la hora de realizar ese análisis, hay que distinguir tres tipos de normas en el DCFR: aquellas que toman como precedente la regulación de los PECL, aquellas que se apoyan en las normas comunitarias ya existentes, y aquel conjunto normativo que no cuenta con precedentes en esos textos, y que por tanto hay que suponer que se apoya directamente en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea y en las bases jurídicas compartidas. Este último bloque, constituido por materias por así decir «nuevas» en la unificación jurídica, es excesivamente extenso como para que aquí podamos analizarlo, además de que parece conveniente esperar a que se publiquen los comentarios que han de acompañar al DCFR. Lo único que queremos señalar es que existen dudas más que fundadas de que la regulación de algunas instituciones centrales pertenecientes a este bloque, tales como *service contracts* (arts. IV.C.-1:101 ss.), gestión de negocios ajenos sin mandato (arts. V.-1:101 ss.), responsabilidad extracontractual (arts. VI.-1:101 ss.) o enriquecimiento sin causa (arts. VII.-1:101 ss.), cuente con una base normativa coherente en alguno de los ordenamientos nacionales de los Estados miembros o en la ciencia jurídica europea<sup>131</sup>. En cualquier caso, queremos aquí centrarnos en la valoración de las normas del DCFR cuyo precedente es el *acquis*

<sup>130</sup> CH. VON BAR (*supra* nota 32), Introduction, marginal 93: una persona, autorizada en principio sólo para iniciar los tratos preliminares, está autorizada a concluir el contrato si éste parece favorable para el representado.

<sup>131</sup> Para una breve referencia al derecho de daños, *vid. infra* III. 2. b); y en referencia a las reglas de la gestión de negocios ajenos sin mandato, N. JANSEN, ZEuP 15 (2007), pp. 958 ss.

comunitario o los PECL, pues nos parece que esos precedentes no se han reflejado adecuadamente en el texto.

## 1. TRATAMIENTO DEL *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*

### a) *Necesidad y encargo de una revisión del *acquis**

La Comisión Europea, al dar las líneas maestras de lo que había de ser el CFR, estableció que el *acquis communautaire* ya existente en el ámbito del Derecho contractual debía ser revisado y mejorado. Se trataba de dar una mayor coherencia a todo el Derecho que se había ido emanando a lo largo de muchos años de Directivas comunitarias, y que a veces no encajaba ni entre sí ni con el Derecho de los Estados miembros. Además de eso, la Comisión abrió la puerta a que se llevase a cabo una valoración crítica de toda la normativa que había ido dictando y a que se valorase los efectos que sobre consumidores y usuarios había tenido<sup>132</sup>. Esos objetivos se han asumido como propios en la introducción del DCFR<sup>133</sup>.

Ese encargo de la Comisión de pasar el *acquis* a través del tamiz de la crítica, responde a una necesidad realmente sentida y ofrece una oportunidad excelente para comprobar los efectos que produce todo ese conjunto normativo y reformarlo en consecuencia<sup>134</sup>. No se puede olvidar que han pasado más de veinte años desde que se dictó la primera Directiva sobre Derecho contractual, la llamada Directiva sobre ventas a domicilio<sup>135</sup>. Parece haber llegado el momento para evaluar la eficacia de algunas instituciones centrales del Derecho de consumo, tales como las facultades de desistimiento o los deberes de información. Porque hoy es todo menos claro que la facultad de desistimiento esté desarrollando la protección jurídica para la que se pensó, y habría que replantearse las circuns-

---

<sup>132</sup> *Vid.* COM (2004) 651 versión de 11.10.2004 («Way forward»); sobre la revisión del *acquis* que debe ejercer el CFR, pp. 3 ss.); COM (2003) OJ C 63/1 («Action plan»; sobre la revisión del *acquis* en el CFR S. 19 ff.). Sobre las alternativas que hoy se discuten para la revisión del *acquis*, especialmente sobre la posibilidad de una revisión separada de algunas Directivas, así como sobre la promulgación de una Directiva-guía sobre consumidores COM (2006) 744 versión de 08.02.2007 («Green paper»); *H.-W. Micklitz, N. Reich*, Europäisches Verbraucherschutzrecht – quo vadis?, disponible en [http://www.vur-online.de/beitrag/2007\\_04\\_2.html](http://www.vur-online.de/beitrag/2007_04_2.html).

<sup>133</sup> Cfr. *Ch. von Bar, E. Clive, H. Schulte-Nölke* (*supra* nota 16), Introducción núm. 60 ss.

<sup>134</sup> A favor de llevar a cabo un revisión crítica del *acquis*, *B. DAUNER-LIEB, NJW* 2004, pp. 1431, 1433 ss.

<sup>135</sup> *Vid.* la Directiva del Consejo de 20.12.1985, relativa a contratos celebrados fuera de establecimiento comercial.



tancias y condiciones de las que debería depender ese derecho de desistimiento<sup>136</sup>. Y aún más importante sería ver el efecto que han tenido los múltiples deberes de información que ha establecido el *acquis* en materia de protección del consumidor. Hoy se admite que la utilidad marginal de la información es decreciente respecto a su magnitud, y que, al final, su efecto puede ser incluso negativo<sup>137</sup>. Habría que hacer un cuidadoso examen, basado en experiencias empíricas, de la utilidad que está teniendo esa masa informativa que se transmite al consumidor.

#### b) *Acquis-positivismo y generalización del *acquis**

No parece que al redactar el DCFR se haya llevado a cabo una labor de examen sobre la protección que concede todo ese *acquis* ni sobre los efectos que ha ido teniendo<sup>138</sup>. Parece que, en la labor de transposición de todo ese conjunto normativo al DCFR, ha primado una actitud que podríamos llamar quasi-notarial, limitada a reproducir del modo más fiel y completo posible el material ya existente. Pero donde el DCFR se aparta de esa actitud, la tendencia en que se mueve es a extender el ámbito de aplicación de las Directivas ya existentes y a generalizar las soluciones previstas en la regulación del *acquis*<sup>139</sup>. Puede decirse que la idea que ha guiado a los autores del DCFR al redactar la normativa derivada del *acquis* ha sido aceptarlo de modo acrítico y extender sus soluciones. Dos instituciones en las que puede comprobarse especialmente bien esa tendencia son los deberes de información (arts. II.-3:101 ss.) y las facultades de desistimiento (arts. II.-5:201 ss.).

<sup>136</sup> Vid. referencias *supra* nota 68. Un análisis en profundidad de la función del derecho de desistimiento puede verse en P. MANKOWSKI, *Beseitigungsrechte*, Tubinga, 2003, especialmente pp. 33 ss., 222 ss., 734 ss., 1082 ss., 1131 ss.; S. LORENZ, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, Munich, 1997, pp. 122 ss.

<sup>137</sup> Vid. referencias *supra* nota 67. Vid. también W. BOENTE, T. RIEHM, *Jura* 2002, pp. 222, 225, 230 (Informations-Kollaps); H. C. GRIGOLEIT, *NJW* 2002, pp. 1151, 1155, 1158; A. TITTE, *Die Struktur der Informationspflichten bei Finanzdienstleistungen*, Baden-Baden, 2006, en particular pp. 110 s., 203, 264, 312. También manifiestan una postura crítica respecto a la extensión del deber de información en el *acquis* H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers (eds.), *EC Consumer Law Compendium – Comparative Analysis*, 2007, 743, disponible en [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/acquis/comp\\_analysis\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/comp_analysis_en.pdf)

<sup>138</sup> Un análisis muy amplio y valioso de las normas del *acquis* referidas a los consumidores realizan H. Schulte-Nölke, C. Twigg-Flesner, M. Ebers (nota 137). El trabajo analiza detalladamente la trasposición de las Directivas sobre protección de los consumidores en cada uno de los países miembros. Con todo, el trabajo tiene más por finalidad favorecer una mejor sistematización del *acquis* que plantearse sus efectos y postular posibles correcciones.

<sup>139</sup> Una visión crítica sobre los *Acquis Principles* en, N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, *JZ* 2007, pp. 1120 ss.

## aa) Deberes de información

La regulación de los artículos II.-3:101 y siguientes generaliza y extiende los deberes de información que imponen diversas Directivas comunitarias<sup>140</sup>: se abandona el carácter restrictivo con que los configura el *acquis*, y en concreto su limitación a ciertas formas negociales y tipos contractuales. Además, los deberes de información, previstos en las citadas Directivas fundamentalmente para los contratos con consumidores, se extienden también a los contratos entre empresarios (*b2b-contracts: business-to-business*). Se establece un deber de los empresarios de informar, antes de la conclusión del contrato, a cualquiera que vaya a contratar con ellos de todas las circunstancias «concerning the goods or services to be supplied» [art. II.-3:101 (1)]. Y en caso de contratos con consumidores, el empresario debe informar sobre todas las circunstancias que un consumidor medio necesitase saber en esa situación para tomar una decisión adecuada [art. II.-3:102 (1)], estableciéndose incluso un deber agravado de información «in the case of transactions that place the consumer at a significant informational disadvantage» (art. II.-3:103).

El sistema de deberes de información establecido mediante esas variadas cláusulas generales padece de cierta incoherencia y descoordinación. Pero el problema más grave del conjunto normativo así creado es que sugiere la idea de que el deber de las partes contratantes de obtener la información que precisen se convierte en excepción frente a una regla general de que ésta ha de ser suministrada por la otra parte<sup>141</sup> –y esto no sólo en los contratos entre empresario y consumidor, sino también en las relaciones entre

<sup>140</sup> Vid., entre otras, Directiva del Consejo 87/102/CEE de 22 de diciembre de 1987, relativa a la aproximación de las disposiciones legales y administrativas de los Estados miembros en material de crédito al consumo; Directiva del Consejo 90/314/CEE de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, vacaciones combinadas y los circuitos combinados; Directiva del Parlamento y del Consejo 94/47/EC de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; Directiva del Parlamento y del Consejo 97/7/CEE de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en caso de contratos negociados fuera de establecimientos comerciales; Directiva del Parlamento y del Consejo 2000/31/CEE de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior; Vid. éstas y otras directivas en Schulze/Zimmermann/Arroyo i Amayuelas, *Textos Básicos de Derecho Privado europeo – Recopilación*, Barcelona, 2002.

<sup>141</sup> En el comentario que acompaña a los deberes de información establecidas por los *acquis-Principles*, se alude a ese principio de autorresponsabilidad: vid. *Acquis Group* (*supra* nota. 41), artículo 2:201 marg. 4. Pero cuando se observa el contenido de los principios, da la impresión de que esa declaración se queda en una mera declaración de intenciones. En cambio, las normas del DCFR relativas «change of circumstances» sí que dan una clara impresión de carácter restrictivo, destacando la excepcionalidad de esta institución: vid. *supra* nota 78.

empresarios—. Ese esquema de regla general y excepción resulta contradictorio con el que hoy rige en los ordenamientos europeos y con el que parece más coherente y conforme con los postulados de una sociedad libre. Ni siquiera en las Directivas europeas es prevalente la idea de que una parte es responsable de transmitir a la otra la información que ésta precise para valorar si debe contratar o no<sup>142</sup>. Es cierto que en ellas se establecen numerosos deberes de información. Pero se limitan casi siempre a cuestiones que tienen que ver con la protección de los consumidores, o a aspectos técnicos del contrato que se va a celebrar, de su contenido o de su desarrollo<sup>143</sup>. En consecuencia, es de gran importancia que en la revisión del Derecho privado europeo se sistematice y reduzca a unidad esa maraña de deberes de información establecido por las Directivas. Pero lo que resulta del ensamblaje de cláusulas generales que establece el DCFR [art. II.-3:101 (1); artículo II.-3:102 (1); artículo II.-3:103 (1)] es justamente lo contrario, es decir, una extensión de esos deberes de información que se combina con una mayor inseguridad sobre sus contenidos. Los criterios jurídicos y económicos que más recientemente se han manejado como adecuados para concretar todos esos deberes de información —tales como la relevancia de la información que se ha de suministrar, la accesibilidad y costes de la información suministrada y el incentivo a la búsqueda de información<sup>144</sup>— no han sido tenidos en cuenta en la regulación del DCFR.

La tendencia a la extensión y generalización de dichos deberes de información se muestra también en la regulación de las consecuencias de su infracción (art. II.-3:107). Dicho artículo hace un listado de posibles sanciones que puede llevar aparejada, desde una ampliación del periodo durante el que puede ejercitarse la facultad de desistimiento, a la responsabilidad por los daños causados por esta falta de información, hasta la posibilidad de impugnación por error. Sin embargo, se echa de menos el establecimiento de un criterio que permita relacionar cada forma de infracción de esos deberes con el remedio correspondiente. Con lo cual se suscita la impresión de que las sanciones son intercambiables entre sí, independientemente de cuál sea el tipo de infracción, cuando en las

<sup>142</sup> En consecuencia, la deducción del resto de deberes de información de las normas ya existentes en el *acquis* resulta muy vagamente formulado en los Comentarios de los *Acquis-Principles, Acquis Group* (*supra* nota 41), artículo 2:201 marg. 4 ss. (sobre ello N. JANSEN, R. ZIMMERMANN, *JZ* 2007, 1125 s.) y artículo 2:202 marg. 4.

<sup>143</sup> *Vid. supra* nota 140.

<sup>144</sup> *Vid.* sobre la posible formulación de esas exigencias, H. Kötz, *Vertragliche Aufklärungspflichten*, en: J. Basedow, K.J. Hopt, R. Zimmermann (eds.), *Undogmatisches*, Tübinga, 2005, pp. 246 ss.; H. FLEISCHER, *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht*, Munich, 2001, pp. 576 ss.

actuales Directivas de la Unión Europea esos deberes de información cumplen funciones diversas, y su infracción debe acarrear, en consecuencia, diferentes sanciones<sup>145</sup>. Así, por ejemplo, los deberes de información previstos para el comercio electrónico (art. II.-3:105) están directamente relacionados con las normas generales sobre celebración de los contratos<sup>146</sup>. En cambio, otros deberes de información tienen como misión asegurar la transparencia del contenido contractual [art. II.-3:103 (1)]<sup>147</sup>, y tienen por ello más relación con las normas sobre interpretación; el deber de proporcionar una información veraz sobre el objeto del contrato [arts. II.-3:101 (1), 3:103 (1)]<sup>148</sup>, tiene que ver con la responsabilidad contractual, y en concreto con la responsabilidad por vicios ocultos prevista en el contrato de compraventa. En suma, el cometido más importante que debe cumplir una revisión de los deberes de información existentes en las Directivas comunitarias es la de enjuiciar la misión que cada uno de ellos cumple y establecer en función de ello las consecuencias jurídicas de su infracción. Y ese objetivo es precisamente el que se ha frustrado con la visión tan generalizadora que se ha adoptado.

#### bb) Facultades de desistimiento

Otro ejemplo de la actitud generalizadora con que se ha tratado el *acquis* es la regulación de las facultades de desistimiento (arts. II.-5:201 ss.). Dichas facultades, previstas en función de unas determinadas formas de negociación en las Directivas sobre ventas a domicilio o fuera de establecimiento comercial<sup>149</sup>, negociación a distancia<sup>150</sup>, y negociación a distancia de servicios financieros<sup>151</sup>, son reconducidas a un criterio común, consistente en que la oferta o aceptación contractual formulada por un consumidor sea realizada fuera de los establecimientos comerciales [«away from the business premises»: art. II.-5:201 (1)].

<sup>145</sup> *Vid.*, sobre ello, H. C. GRIGOLEIT (*supra* nota 137) pp. 1155 s; e *IDEM.* WM 2001, pp. 597 ss.

<sup>146</sup> *Vid.* la Directiva del Parlamento y del Consejo 2000/31/CEE, sobre comercio electrónico.

<sup>147</sup> *Vid.* las Directivas sobre venta a distancia y viajes combinados, en el lugar citado *supra* nota 140.

<sup>148</sup> *Vid.* las Directivas sobre venta a distancia y viajes combinados, en el lugar citado *supra* nota 140.

<sup>149</sup> Directiva 85/577/CEE, referente a la protección de los consumidores en caso de contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales.

<sup>150</sup> Directiva 97/7/CE, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

<sup>151</sup> Directiva 2002/65/CE relativa a la contratación a distancia de servicios financieros.

Es cierto que esta expresión aparece en el Título de la Directiva sobre ventas a domicilio. Pero la Directiva concreta luego las situaciones de contratación a las que se aplica esa facultad de desistimiento, de forma que ésta afecta sólo a situaciones en que, por así decir, el consumidor es cogido por sorpresa. Y así, conforme al artículo 1 de la Directiva, se excluye la facultad de desistimiento cuando la relación jurídica comenzó a iniciativa del consumidor. En cambio, el DCFR, al fijarse únicamente en el concepto espacial —emisión del consentimiento fuera del establecimiento comercial—, pasa por alto si el consumidor ha sido cogido por sorpresa o no<sup>152</sup>.

A la vez que eso, el DCFR prescinde del criterio que habían seguido las otras dos Directivas para conceder un derecho de desistimiento en casos de negocios celebrados a distancia. Este consiste en esencia en que la negociación y celebración del contrato se haya llevado enteramente a cabo mediante formas de comunicación a distancia<sup>153</sup>. La razón para conceder una especial protección al consumidor en estos casos es que se considera que, a causa de la falta de contacto personal con la otra parte, puede tener una deficiente formación de la voluntad contractual, en la medida que las posibilidades de informarse han sido más limitadas y ha podido carecer de la posibilidad de probar el objeto del contrato<sup>154</sup>. Pero esas consideraciones, que justifican la concesión de la facultad de desistimiento, no coinciden con el criterio meramente local para su concesión («fuera de establecimiento comercial»). Si por ejemplo un empresario cuenta en su negocio con varios ordenadores por medio de los cuales se pueden contratar una serie de servicios, resultará que se dará la relación «despersonalizada» que justifica en las actuales Directivas el derecho de desistimiento, sin que el contrato se haya celebrado «fuera de su establecimiento comercial». La generalización de esos derechos de desistimiento, pensados exclusivamente para ciertas circunstancias de la contratación, disuelve la finalidad para la que fueron pensados, y es sintomática de lo que sucede con la generalización del *acquis*. Cuando las facultades de desistimiento no se limitan a aquellos casos en que el consumidor es cogido desprevenidamente o contrata de forma impersonal, hay que preguntarse cuál es la razón para concederlas,

<sup>152</sup> Vid. sobre este punto, tomado por el DCFR de los *Acquis-Principles, Acquis Group* (*supra* nota 41), artículo 5:201 marg. 1 ss. La excepción de los negocios iniciados por el propio consumidor se descarta con apoyo en un estudio publicado en Inglaterra, que sostiene que también en ese caso se puede dar una situación de especial presión (*vid.* lugar citado, marg 23).

<sup>153</sup> Vid. artículo 2 de la Directiva 2002/65/CE, relativa a la contratación a distancia de servicios financieros.

<sup>154</sup> Vid., entre otros, CH. WENDEHORST, en: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5. ed. 2007, ante § 312b marg. 4.

y hasta qué punto no será ya entonces lógico conceder ese derecho al consumidor en cualquier contrato que celebre. Esa impresión de falta de reflexión al llevar a cabo la incorporación de esos derechos de desistimiento se refuerza al ver que se han acogido todas las excepciones que se preveían a su ejercicio, y que en muchos casos no cuentan con un fundamento muy consistente [art. II.-5:201 (2) a (4)]<sup>155</sup>.

La impresión que queda es que el DCFR carece de una concepción clara en lo que atañe a la función, legitimación y ámbito de aplicación del derecho de desistimiento. Impresión que se confirma cuando se cae en la cuenta que el DCFR –al igual, de nuevo, que el *acquis*– sólo para el contrato de aprovechamiento por turno de viviendas prevé un derecho general de desistimiento (art. II.-5:202). Si se recuerda que la Comisión había previsto que se llevase a cabo una labor de revisión de todo el *acquis*, se plantea la duda de por qué se ha mantenido la facultad de desistimiento como algo específico para ese contrato tan particular. Más aún si se tiene en cuenta que los inconvenientes que a veces provoca un contrato de este tipo normalmente sólo se perciben pasado un largo periodo de tiempo, de tal forma que la efectividad de ese derecho de desistimiento es muy poca<sup>156</sup>. Hubiese tenido más lógica prescindir de ese caso, o preverlo para toda una serie de contratos considerados «peligrosos», determinando éstos en función de su complejidad interna, de su volumen financiero o de la duración para la que se prevean.

## 2. TRATAMIENTO DE LOS PECL

### a) *Necesidad de un replanteamiento de los PECL*

Una crítica bastante similar puede formularse en relación con la incorporación de los PECL, que han constituido el núcleo para la formación de la parte general de contratos del DCFR<sup>157</sup>. Aunque las Partes I, II y III de los PECL se publicaron hace ya trece, ocho y cinco años respectivamente<sup>158</sup>, los estudios y análisis que sobre ellos se han llevado a cabo no han superado aún el nivel introduc-

<sup>155</sup> Directiva de aprovechamiento por turno, citada en nota 140.

<sup>156</sup> Vid. M. MARTINEK, *NJW* 1997, pp. 1393, 1397; R. ZIMMERMANN (nota 44), p. 216. También en ese sentido, *Acquis Group* (nota 41), artículo 5:202 marg. 5.

<sup>157</sup> Vid. *supra* I.3.

<sup>158</sup> Vid. *supra* nota 6.

torio<sup>159</sup>. Este es uno de los ejemplos en los que se perciben los problemas que causa a la ciencia jurídica europea la falta de unidad de discurso.

El CFR podría y debería servir para ampliar y profundizar en ese debate, de forma que, sobre esa base, se pudiese llegar a una revisión de las reglas allí propuestas. Pero da la impresión de que el DCFR no ha tenido en cuenta esas posibilidades. Ciertamente, se han hecho correcciones al texto originario, y algunas de ellas suponen una clarificación o desarrollo de intuiciones allí presentes<sup>160</sup>. Pero en otros puntos las modificaciones provocan ambigüedades o contradicciones –como se ha visto al analizar las normas sobre cesión de créditos o representación–<sup>161</sup>. Y otros puntos e instituciones, que podían haber sido objeto de reforma o de replanteamiento, tales como las limitaciones establecidas a la autonomía privada, se han asumido sin revisión alguna. En conjunto, la impresión que da es que ha faltado una idea clara sobre el sentido en que debían revisarse los PECL, como si no hubiese tenido lugar una reflexión pausada sobre ello. Además de la premura de tiempo con que se ha redactado el DCFR, puede haber influido también el hecho de que haya habido una continuidad, al menos parcial, entre la *Commission on European Contract Law* y el *Study Group*<sup>162</sup>.

b) *Un ejemplo característico: las reglas sobre vicios de la voluntad*

La necesidad de una revisión crítica de los PECL se ve al considerar las objeciones que se pueden hacer a ciertas partes de su

<sup>159</sup> Vid. los trabajos contenidos en los siguientes volúmenes: J. Basedow (ed.), *Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht* (Tubinga, 2000); A. Hartkamp y otros (eds.), *Towards a European Civil Code* (3.ª ed., Nimega, 2004); H. MacQueen y Zimmermann, *supra* nota 49; Association Henri Capitant, *supra* nota 49. También, R. ZIMMERMANN, «Vertrag und Versprechen, Deutsches Recht und Principles of European Contract Law im Vergleich», en Stephan Lorenz et al. (eds.), *Festschrift für Andreas Heldrich* (Munich, 2005) pp. 467 ss.; R. ZIMMERMANN, «Restitutio in integrum: Die Rückabwicklung fehlgeschlagener Verträge nach den Principles of European Contract Law, den Unidroit Principles und dem Avant-projet eines Code Européen des Contrats», en *Privatrecht und Methode: Festschrift für Ernst A. Kramer* (Basel, 2004) pp. 735 ss.; P. AUMÜLLNER, «Das Recht der Stellvertretung in den Principles of European Contract Law (PECL) und in der österreichischen Rechtsordnung – ein Systemvergleich» [2007] *Zeitschrift für Rechtsvergleichung Internationales Privatrecht und Europarecht*, 208; C. ARMBRÜSTER, «Zustandekommen und Wirksamkeit von Verträgen aus gemeineuropäischer Sicht. Ein Vergleich der Lando-Principles (PECL) und der Konzeption des Gemeinsamen Referenzrahmens (CFR) mit dem deutschen Recht» [2007] *Jura*, p. 321.

<sup>160</sup> Cfr., por ejemplo, artículo II.9:301 ff. DCFR y artículo 6:110 PECL (*stipulatio alteri*) o los artículos III.-3:511 ss. DCFR y los artículos 9:305 ss. PECL (devolución de prestaciones tras resolución).

<sup>161</sup> Vid. *supra* IV.

<sup>162</sup> Vid. *supra* I.3. y nota 29.

regulación que han pasado sin apenas modificaciones al DCFR. Ejemplo típico son las normas sobre vicios de la voluntad, que resultan coincidentes en los PECL y en el DCFR<sup>163</sup>.

La regulación del artículo 4:103 PECL se basa en la idea, que parece razonable, de que sólo pueden dar lugar a la impugnación del negocio aquellos errores de los que sea responsable, o al menos corresponsable, la otra parte. Sin embargo, luego no se precisan los hechos que provocan esa responsabilidad o corresponsabilidad, ni se establece un criterio claro que permita delimitarlos: el artículo 4: 103 (1) establece como condiciones de ese error que la otra parte tuviese conocimiento de él, o hubiese debido tenerlo, y que sea su causante o sufra el mismo error. No se hace en cambio ninguna consideración a si se ha infringido un deber de información, pese a que ese es el concepto hoy día más al uso para determinar la existencia de responsabilidad precontractual en estos casos.

El artículo II.-7:201 DCFR asume ese impreciso concepto de responsabilidad por error propuesto por los PECL. Ciertamente, se añade como causa de responsabilidad alternativa la infracción de un deber de información precontractual o del deber de corregir la información suministrada; probablemente, se refiere a los deberes de información establecidos en el *acquis* y de los que ya hemos tratado (arts. II.-3:101 ss. DCFR). Pero esa mención de los deberes de información lo que hace es ampliar la confusión, pues no se sabe qué papel cumplen esos deberes de información al lado de los criterios de responsabilidad provenientes de los PECL. El artículo II.-7:201 acaba siendo resultado de dos tendencias típicas del DCFR, la que lleva a expandir el *acquis* y la que tiende a asumir acriticamente los PECL.

Otro defecto en el concepto de errores relevantes para la anulación es que deja en penumbra la importante distinción entre la información falsa que se ha suministrado y la información que se ha omitido<sup>164</sup>. Sólo en la impugnación por dolo se hace uso de esa dualidad de conceptos, mencionando los criterios que imponen un deber de informar (art. II.-7:205 DCFR/art. 4:107 PECL). Es un tanto desconcertante que la posible relevancia del error se haga depender de la responsabilidad de la otra parte, cuando resulta que

<sup>163</sup> También crítico, aunque con un enfoque diferente, W. ERNST, «Irrtum - Ein Streifzug durch die Dogmengeschichte», en: R. Zimmermann (ed.), *Störungen der Willensbildung bei Vertragsschluss*, Tübinga, 2007, pp. 1, 27 ss.; J.D. HARKE, *ZEuP* 14 (2006), pp. 326 ss. Más sobre ello H. C. GRIGOLEIT, «Irrtum, Täuschung und Informationspflichten in den European Principles und in den Unidroit-Principles», en: R. Schulze, M. Ebers, H.C. Grigoleit (eds.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübinga, 2003, pp. 201, 207 ss.

<sup>164</sup> G. WAGNER, «Lügen im Vertragsrecht», en: R. ZIMMERMANN (*supra* nota 163), pp. 84 ss.



sólo en relación con el dolo se enuncian los deberes de información<sup>165</sup>. Además, resulta desafortunada la equiparación que se hace entre el error de contenido y el error en los motivos que permite la impugnación (art. II.-7:202 DCFR/art. 4:104 PECL): dado que para el error de contenido rige, como para cualquier error, el principio de que sólo es relevante aquel que fue reconocible para la otra parte o del que ésta es responsable (art. II.-7:201 DCFR/art. 4:103 PECL), hay que concluir que no cabe propiamente error de contenido que dé lugar a anulación, pues ese error siempre se puede resolver por vía de interpretación: si la otra parte causó el error o fue consciente de él, el contrato se ha de interpretar tal y como lo entendió la parte que sufrió el error, pues la otra parte pudo perfectamente conocer cuál fue la intención de la otra parte (art. II.-8:103 DCFR)<sup>166</sup>.

Finalmente, hay que decir que la posibilidad de adaptar el contrato que, en caso de error, se prevé como alternativa a su impugnación, da lugar a muchos problemas (art. II.-7:203 DCFR/art. 4:105 PECL). Esa norma busca adaptar el contrato a la forma en que la parte que ha sufrido el error lo ha entendido («... as the party understood it»). Pero ese criterio sólo parece aplicable en caso de error de contenido, que en la práctica es el de menor importancia. Para los supuestos clásicos de error en los motivos –del que sea responsable la contraparte–, la adaptación no tiene campo alguno. Además de eso, es evidente que hay una clara incongruencia entre la regulación de la adaptación prevista para este caso y la que tiene lugar en caso de problemas de la base del negocio (art. III.-1:110 DCFR/art. 6:111 PECL). Los PECL no tuvieron en cuenta la relación que existía entre estos dos casos, y el DCFR tampoco la ha tenido en cuenta.

## VI. FORMALISMO Y TERMINOLOGÍA

### 1. INCONSISTENCIA DE LAS DEFINICIONES

Ya en una primera lectura del DCFR llama la atención el esfuerzo por proporcionar unas explicaciones y definiciones propias de un manual. Se trata de una característica que puede ser adecuada

---

<sup>165</sup> Vid. también las acertadas apreciaciones de W. ERNST (*supra* nota 163), pp. 30 s., quien piensa que las normas relativas al error han absorbido las del dolo, hasta el punto de que no queda un espacio para los supuestos de hecho propios del dolo.

<sup>166</sup> Acertadamente, J. D. HARKE, *ZEuP* 14 (2006), pp. 326, 327 s.

para una obra de este tipo, que ha de ser aplicada en diferentes ordenamientos jurídicos y en ámbitos pertenecientes a diversas tradiciones jurídicas, aunque suponga a la vez una cierta pérdida de flexibilidad. Teniendo esto en cuenta, lo ideal hubiese sido emplear una definición sólo cuando lo exigiese la claridad en la aplicación de la norma, sin caer en un exagerado conceptualismo. Pero el DCFR no se ha atendido siempre a ese criterio limitador. Así, y a modo de ejemplo, si los requisitos del «Benevolent intervention in another's affaire» están plasmados en las normas del libro V, no tiene mucho sentido que en el Anexo se dé una definición de la figura, con una remisión a la *negotiorum gestio*, que no tiene demasiado sentido en una obra normativa; lo mismo se puede decir del «unjust enrichment». E igualmente resultan superfluas ciertas definiciones de conceptos, como las de «liable» o «must». Provoca una cierta irritación ver al DCFR esforzarse por alcanzar la máxima precisión en materia de definiciones, mientras que, a base de hacer un uso excesivo de palabras como «reasonable», acaba dejando al buen sentido del juez la decisión de cuestiones sustantivas de trascendencia<sup>167</sup>.

Y en cualquier caso: si se apuesta por las definiciones, hay que pedir que al menos esas definiciones sean coherentes y promuevan la seguridad jurídica. Pero éste es uno de los puntos en los que el DCFR presenta serias deficiencias. Y no se trata de cuestiones de detalle, sino que en muchos puntos se perjudica gravemente la seguridad jurídica. Aunque parezca sorprendente, en muchas ocasiones la cuestión hubiese quedado más clara si se hubiese prescindido de la definición.

Así, por ejemplo, el artículo I.-1:103 subraya la importancia de las definiciones, remitiendo al catálogo del Anexo I, pero haciendo a la vez cuestión de la importancia de esas definiciones, al añadir las palabras «unless the context otherwise requires» (al igual que hace, por cierto, el artículo 1:301 PECL). ¿Para qué sirve una definición que rige unas veces y otras no, según cuál sea el contexto? David Mellinkoff ha dicho con ironía de una norma similar que figura en el § 1-201 del *Uniform Commercial Code* estadounidense que «the draftsman is... warning us that while we are to remember his definitions, he may forget them»<sup>168</sup>. Y por ejemplo, los autores han olvidado su definición en el artículo II.-9:403 (3), según el cual la parte que ha introducido un «standard term» (cláusula estándar) puede probar que ha sido negociada individualmente, cuando según

<sup>167</sup> Vid. sobre ello *supra* II.4.

<sup>168</sup> D. MELLINKOFF, «The Language of the Uniform Commercial Code» (1967) 77, *Yale Law Journal*, pp. 185, 190.

el Anexo los «standard term» se definen precisamente por no haber sido negociados. Otro ejemplo: según el artículo II.-9:411, en los contratos con consumidores, se presume («presumed») que ciertas cláusulas son abusivas («unfair») y por tanto no obligatorias; pero, ¿han olvidado aquí los autores que las presunciones, según su definición de «presumption», pueden ser siempre contradichas? Si se compara el texto con el del artículo II.-9:410, parece que la palabra se usó intencionadamente y que la lista de cláusulas abusivas del artículo II.-9:411 admite por tanto excepciones. La cuestión no es, con todo, demasiado clara, y hay que esperar que la resuelvan los «Comentarios».

Tampoco queda muy claro qué criterio se ha seguido a la hora de seleccionar los términos que iban a entrar en el catálogo de definiciones del Anexo I. Se trata en parte de una repetición de definiciones que ya figuran en el texto [por ejemplo, «assignment» en el artículo III.-5:102 (1), o «authorisation» en el artículo II.-6:102 (3)], mientras que en otros casos las definiciones son específicas (por ejemplo, «assets», «avoidance») y, en otros, definiciones que figuran en el texto no pasan al Anexo [por ejemplo, «act of assignment» en el artículo III.-5:102 (2), «reciprocal» en el artículo III.-1:101 (4)]. Ahora bien, resulta que la colocación que tenga una definición puede dar lugar a un problema interpretativo. Así, el artículo II.-4:104 (1) habla de una «individually negotiated clause». Qué significa «individually negotiated» no lo declara el catálogo de definiciones, pero el artículo II.-9:403 sí define qué es «not individually negotiated». ¿Debe usarse ese concepto para interpretar el artículo II.-4:104 (1), a pesar de que el artículo I.-1:103 sólo declara como generales las definiciones que aparecen en el Anexo? Por cierto, que hubiese sido una ayuda que se hubiese hecho figurar una llamada en el texto cuando se usa un concepto definido en el Anexo.

También sucede que algunas definiciones resultan de escasa utilidad porque usan conceptos que a su vez no están definidos. Así, se define «damage» en el Anexo como «any type of detrimental effect»: «it includes loss and injury». Lo primero que aquí plantea dudas es el significado de la palabra «includes», usado con mucha frecuencia<sup>169</sup>, y que suscita la pregunta de si la definición es exhaustiva o junto a «loss» e «injury» existen otros tipos de «damage». Si se tiene en cuenta que, según la definición, «loss includes economic and non-economic loss», hay que preguntarse qué es lo que comprende «injury»<sup>170</sup>. El término no es objeto de definición,

<sup>169</sup> Por ejemplo, artículos I.-1:106 (1), II.-1:106 (1), II.-3:104 (2).

<sup>170</sup> *Vid.* también *supra* III.2.b).bb).

sino sólo el de «injured person» como «person who has suffered damage». Si se tiene en cuenta el criterio del artículo I.-1:103 (2), según el cual, en caso de definición de una palabra, el resto de formas gramaticales tienen un significado correspondiente, se llega al resultado de que «injury» tiene el mismo significado que «damage», pero con la peculiaridad de que «damage» también incluye «loss». Al final uno se siente como cuando juega al Monopoly: «retroceda a la casilla de salida».

En caso de duda, parece que los autores han preferido acumular conceptos semejantes antes que correr el riesgo de dejar algo fuera que quizá debiera estar incluido. Esta estrategia acaba por privar de eficacia determinativa a las definiciones y puede conducir a otro peligro, que se incluyan conceptos que no deberían incluirse. Así, se define «juridical act» en el Anexo y en el artículo II.-1:101 (2) como «any statement or agreement or declaration of intention, whether express or implied from conduct, which has or is intended to have legal effect as such». «Statement», «agreement» y «declaration of intention» no se definen. El término «statement» es tan amplio que permite subsumir en él cualquier declaración, y la oración de relativo que lo acompaña no opera ninguna restricción, ya que no exige ninguna voluntad orientada a producir un efecto jurídico, sino que basta que la declaración produzca de hecho esos efectos. Así, y a modo de ejemplo, serían «juridical act» los anuncios comerciales ilícitos y las ofensas, porque producen efectos penales o propios del derecho de la competencia. Pero luego resulta que, a diferencia de la definición de «juridical act» del Anexo, el artículo II.-4:101 exige para los «contracts» y «unilateral juridical acts» una voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos. No se acaba de saber entonces por qué la definición permite incluir también los «statements, which have legal effect as such».

El artículo II.-1:103 (2) establece «A valid unilateral promise or undertaking is binding on the person giving it if it is intended to be legally binding without acceptance». Aquí lo que no queda claro es cuál es la diferencia entre «promise» y «undertaking», ya que no se define ninguno de los dos términos<sup>171</sup>. El artículo II.-1:106 (1), según el cual «notice» incluye la comunicación de una «promise» (pero no de un «undertaking»), puede aludir a que la «promise» es expresa mientras que el «undertaking» es tácito. Pero entonces se plantea la pregunta de por qué por ejemplo en los

<sup>171</sup> El mismo problema se plantea en el artículo IV.G.-1:104 (2).

artículos II.-4:104 (1)<sup>172</sup>, IV.A.-6:101<sup>173</sup> y IV.G.-2:101 (1)<sup>174</sup>, se menciona sólo los «undertakings» y no las «promises».

Las definiciones de «business» y «consumer» que figuran en el Anexo dan lugar a graves problemas sustantivos: según ellas, «‘Business’ means any natural or legal person... who is acting for purposes relating to the person’s self-employed trade, work or profession...» y «A ‘consumer’ means any natural person who is acting primarily for purposes which are not related to his or her trade, business or profession»<sup>175</sup>. Una y otra definición no son correspondientes la una de la otra, como si lo son en cambio las de las Directivas europeas sobre protección de consumidores<sup>176</sup>, y las de los §§ 13 y 14 BGB. Una primera distinción viene dada porque en la definición de consumidor se exige que la persona actúe «primarily» con una finalidad privada, mientras basta en caso del empresario que el fin buscado esté en relación con sus actividades empresariales o profesionales. En consecuencia, un abogado que compra un ordenador, primordialmente para sus juegos de ordenador, pero con la idea también de que pueda servirle en ocasiones para redactar escritos, estaría actuando a la vez como consumidor y como empresario, porque sigue primordialmente fines privados, pero también a la vez otros profesionales. Y, al revés, un profesor de colegio que

<sup>172</sup> «If a contract document contains an individually negotiated clause stating that the document embodies all the terms of the contract (a merger clause), any prior statements, undertakings or agreements which are not embodied in the document do not form part of the contract».

<sup>173</sup> «A consumer goods guarantee means any undertaking of a type mentioned in the following paragraph given to a consumer in connection with a consumer contract for the sale of goods...». También en el artículo IV.A.-6:102 (1) se mencionan sólo las «unilateral undertaking».

<sup>174</sup> «Any undertaking to pay, to render any other performance or to pay damages to the creditor by way of security is presumed to give rise to a dependent personal security, unless the creditor shows that it was agreed otherwise».

<sup>175</sup> La definición de consumidor supone (lo mismo que la de la Directiva relativa a protección de consumidores), que la persona en cuestión ejerce una profesión o se integra en una empresa o sociedad, pero que en la celebración de este contrato actúa con otros fines. Lógicamente, no parece que eso sea del todo acertado, ni que de ahí haya razón para excluir del concepto de consumidor al estudiante o al jubilado. En cualquier caso, hubiese sido más adecuado decir que es «who is acting primarily for purposes which are not related to a trade, business or profession». *Vid.* sobre ello W. FLUME, *ZIP* 2000, pp. 1427 s.

<sup>176</sup> Por ejemplo, artículo 1 (2)(a) y (c) de la Directiva del Parlamento y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo «For the purposes of this Directive: (a) consumer: shall mean any natural person who, in the contracts covered by this Directive, is acting for purposes which are not related to his trade, business or profession; (c) seller: shall mean any natural or legal person who, under a contract, sells consumer goods in the course of his trade, business or profession». También el artículo 2 de la Directiva sobre negocios celebrados fuera de establecimiento comercial; y el artículo 1 (2)(a) y (b) de la Directiva referente a la aproximación de las disposiciones legales y administrativas de los estados miembros en materia de crédito al consumo; o el artículo 2 (b) y (c) de la Directiva sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores; o los artículos 2.2 y 2.3 de la Directiva relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

compra un ordenador para preparar sus clases no sería ni consumidor ni empresario, ya que por una parte actúa con una finalidad profesional (y, en consecuencia, no es un consumidor), pero su actividad profesional no es autónoma, de forma que no es empresario. El DCFR ha seguido para el concepto de empresario las reglas del BGB, que exigen el carácter autónomo de la actividad, mientras que para el concepto de consumidor ha seguido el concepto de las Directivas sobre consumidores, en las que no se dice nada sobre ese carácter autónomo. En cualquier caso, es común exigir también en las Directivas el criterio de autonomía para el empresario<sup>177</sup>. Pero la redacción del DCFR, al mencionarlo en un caso y no en otro, dificulta esa interpretación. Con todo, no parece probable que los redactores hayan querido apartarse del criterio según el cual toda persona siempre ha de ser considerada o empresario o consumidor, y nunca ambas cosas a la vez. Lo más probable es que la falta de correspondencia entre ambas definiciones se deba a un error de redacción.

## 2. REDUNDANCIAS

La lectura del DCFR resulta algo tediosa, pues contiene muchas repeticiones y elementos superfluos. Así, por ejemplo, el artículo IV.C-1:201 se toma el trabajo de hacer una sinopsis de los artículos siguientes, como si se tratase de un libro de texto, y sin tener en cuenta que para eso ya están los títulos de los apartados que siguen. El artículo IV.A.-3:201 remite en cuestión del pago del precio a las normas generales sobre lugar y tiempo del pago, cosa que resulta totalmente superflua. Igualmente superfluo es el artículo II.-3:106 (2), según el cual es posible que haya normas especiales sobre la forma en que ha de suministrarse la información a la otra parte. Los artículos IV.A-1:301, IV.C.-1:202, IV.E.-1:202 y IV.G.-1:103 afirman todos ellos –si bien bajo diferentes títulos («Rules not mandatory unless otherwise stated», «Derogation», «Freedom of contract»)– que las reglas contenidas en las respectivas partes del libro IV son dispositivas salvo que se diga lo contrario. Ahora bien, resulta que eso ya se había dicho en la parte general de contratos, en concreto en el artículo II.-1:102 (2). Y la redundancia no sólo resulta poco estética, sino que puede ocasionar más problemas, si se saca una

<sup>177</sup> Así T. PFEIFFER, en: *Anwalt-Kommentar BGB*, Bonn, 2005, artículo 1 de la Directiva sobre venta de bienes de consumo marg. 24; L. SERRANO, en: S. GRUNDMANN, F. BIANCA, *EU-Kaufrechts-Richtlinie*, Colonia, 2002, artículo 1 marg. 58; H.-W. MICKLITZ, en: *Münchener Kommentar zum BGB*, 5.º ed., Munich, 2006, § 14, marg. 32.

conclusión *a contrario*: si en relación a la compraventa, contratos de servicios, de representación mercantil, de franquicia, de distribución, y de fianza, se dice que las normas respectivas son de derecho dispositivo, a pesar de haberse ya dicho en el libro II, ¿es que las reglas del contrato de arrendamiento (IV.B) y del mandato (IV.D) son de derecho imperativo? Podría sacarse esa conclusión, pero entonces resultarían superfluas numerosas normas que, en esas partes, establecen que ciertas reglas son imperativas [por ejemplo, artículos IV.B.-2:103 (5), IV.B.-4:102, IV.B.-6:102, IV.D.-1:104 (3), IV.D.-6:102 (3)]. Con lo cual hay que preguntarse cuáles son las superfluas, las mencionadas reglas de las partes A, C, E y G, o las de las partes B y D. Parece bastante claro que lo son las primeras, pero si la redacción hubiese sido más clara ni siquiera se plantearía este problema.

### 3. FALTA DE RELATIVIZACIÓN

Como ya se dijo<sup>178</sup>, el DCFR, a pesar de su prolijidad, acaba siendo con frecuencia poco preciso a la hora de dictar las soluciones, al relativizar sus reglas con expresiones tales como «razonable». Y, en cambio, en otros puntos hubiese sido de agradecer una mayor dosis de relativización. Así, según los artículos III.-4:104, III.-4:106 (1), III.-4:204 y III.-4:206 (1), los deudores en las obligaciones parciarias responden por cuotas iguales, y los acreedores también lo son por iguales partes. No parece probable que esas normas impidan otra forma de reparto de crédito y deuda entre esos acreedores o deudores. Según la regla general del artículo II.-1:102 (2), cabe en todo caso que el acuerdo contractual entre acreedores y deudores establezca otra forma de reparto de crédito y deuda. Pero no se debe olvidar que las relaciones que se dan entre la comunidad de deudores o de acreedores no tienen por qué ser contractuales. A la vista de que muchas otras normas de ese Capítulo empiezan con la frase «The default rule is...» [arts. III.-4:103 (2), III.-4:203 (2)], hubiese sido de agradecer que también se hubiese puesto ese inicio al comienzo de los artículos III.-4:104, III.-4:106 (1), III.-4:204 und III.-4:206 (1), a fin de evitar interpretaciones restrictivas que cierren el paso a esos acuerdos sobre el modo de distribuirse crédito y deuda.

<sup>178</sup> Vid. *supra* II.4., V.2.b).ee).

## VII. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Ha sido una enorme labor la que han realizado los grupos participantes, pues en muy poco tiempo han elaborado un extenso texto normativo. A pesar de ello, el juicio de conjunto sobre el proyecto presentado ha de ser negativo<sup>179</sup>. El texto tiene un gran número de deficiencias graves. Entre ellas pueden mencionarse las contradicciones entre sus principios y que muchas de sus reglas no coordinan unas con otras o incluso son contradictorias. Especialmente grave es que el *Draft* abre camino a una grave merma de la autonomía privada, yendo mucho más allá de la habitual tendencia actual a «materializar» el Derecho privado: la buena fe y los usos negociales no serían ya simples criterios para la interpretación e integración de la norma, sino que más bien el contenido contractual queda subordinado a esos criterios generales. Además, el Derecho contractual deja en buena parte de ser dispositivo, convirtiéndose en una estricta regulación de *ius cogens*. Con ello se traslada en buena parte a las normas y a los jueces la decisión sobre el contenido contractual acordado por las partes. Cosa que parece de especial gravedad si se tiene además en cuenta que el texto carece de una clara base valorativa, tanto en el plano de los principios que lo sustentan como en el de la concreta regulación. Dado el heterogéneo catálogo de valores que lo sustenta, las numerosas cláusulas generales y conceptos jurídicos indeterminados que recoge se convierten en un cheque en blanco a los poderes discrecionales del juzgador. Esto no sólo se ve en materia de contratos –donde en buena parte las decisiones dependerán de lo que el juez entienda por «razonable»–, sino también en materia de responsabilidad extracontractual, donde se combina una responsabilidad muy extensa con una definición del daño amplísima, para acabar intentando rebajar todo esto mediante una cláusula que faculta al juez a reducir la responsabilidad cuando le parezca justo y razonable. El proyecto no ofrece por tanto base adecuada para lo que podría ser un (opcional) Código de Derecho privado europeo. Para diseñar un texto que pueda cumplir esa finalidad habría que abrir una discusión sobre las bases normativas del «marco de referencia» –pues es claro que sobre ese punto ni siquiera entre los miembros más señalados de los grupos implicados ha habido acuerdo<sup>180</sup>–, llevar a cabo además una integración coherente entre Derecho general común y Derecho

<sup>179</sup> En la misma línea, W. ERNST, *AcP* 208 (2008), pp. 246 ss.

<sup>180</sup> La falta de visión social la destaca O. LANDO, *ERCL* 2007, pp. 245, 251 ss.; H. BEALE, *ERCL* 2007, 257, 265 ff.; en cambio, fuera de los grupos redactores, algunos se quejan de que ha sobrado visión social; *vid.* G. WAGNER, *ZEuP* 15 (2007), p. 180.



comunitario, y emplear una técnica normativa que se esfuerce por lograr claridad y precisión, en vez de dejar los problemas a la decisión discrecional del potencial aplicador jurídico.

A la vista de lo dicho, hay que preguntarse qué valor académico deben atribuir los juristas europeos al DCFR. El texto presenta graves deficiencias estructurales. Muchas cuestiones fundamentales no han sido objeto de discusión; no se ha procedido a ninguna revisión del *acquis* referido al consumidor, y ha fallado una integración coherente de ese *acquis* con el resto de materiales. Los *Acquis-Principles* siguen siendo el texto fundamental en la materia de que tratan. Cuando el DCFR se aparta de los PECL de la Comisión Lando no siempre lo hace con acierto, por lo cual también los PECL han de conservar su valor como *restatement* autónomo del derecho contractual europeo. Y críticas parecidas se pueden hacer respecto a las materias que el DCFR ha tratado por vez primera: las normas relativas a la compraventa resultan poco avanzadas si se comparan con las del CISG o con las de la Directiva sobre ventas de bienes de consumo, mientras en otros ámbitos, como por ejemplo los *service contracts* y las obligaciones nacidas de la ley, son muy innovadoras, hasta el punto de que sería conveniente un cierto replanteamiento<sup>181</sup>. Los desarrollos posteriores, en consecuencia, habrán de tener en cuenta los diferentes textos, en buena parte concurrentes, que ahora mismo existen: junto al Proyecto académico de CFR hay que seguir teniendo presentes los PECL y los textos elaborados por el *Acquis Group* y el *Study Group* que han servido de base para la elaboración del DCFR, que irán apareciendo como libros autónomos, y que constituyen cada uno de ellos una «masa de textos» con su propia unidad interna<sup>182</sup>. La discusión de los próximos años irá decantando en qué medida cada uno de esos textos va ganando autoridad *imperio rationis*. Sólo por medio de ese debate y discusión se podrá ir decantando qué conjuntos de reglas pueden ser asumidas en un «marco común de referencia» promulgado por el poder político que tenga valor *rationi imperii*. Esta discusión requiere su tiempo: el DCFR muestra que todavía no están los tiempos maduros para que el legislador imponga un texto.

En consecuencia, la discusión académica sobre la estructura, valores y reglas del Derecho privado europeo no va a finalizar con el DCFR, sino que debe continuarse. Ello remite a su vez a la cues-

<sup>181</sup> Sobre los *service contracts*, CH. WENDEHORST, *AcP* 206 (2006), pp. 205, 290 ss.; E. CASHIN RITAINE, «The Common Frame of Reference (CFR) and the Principles of European Law on Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts», *ERA-Forum* 8 (2008), pp. 563 ss.; sobre «Benevolent Intervention in Another's Affairs» (*negotiorum gestio*), H. SPRAU, *ERA-Forum* 7 (2006), pp. 220 s.; N. JANSEN, *ZEuP* 15 (2007), pp. 958 ss.; L. RADEMACHER, *Jura* 2008, pp. 87 ss.

<sup>182</sup> *Supra* I.4.

tión sobre si se debe articular un procedimiento y una sede institucional para canalizar ese debate. Porque sin un procedimiento y marco adecuado parece difícil que se consiga un texto de referencia satisfactorio, que pueda servir a su vez a medio o largo plazo como base para un (opcional) Código civil. La experiencia acumulada en la redacción del DCFR muestra la necesidad de conjugar política y ciencia jurídica en ese procedimiento, de forma que de lo que se trataría es de crear un ente institucional con legitimidad académica y política suficiente para poder dirigir el proceso de debate. En esta línea, puede ser un primer paso, propuesto por varios autores, la creación de un European Law Institute, que tome como modelo el American Law Institute<sup>183</sup>. El DCFR merece sin duda una amplia discusión entre los juristas de todos los Estados miembros; es más, tiene necesidad de ella.

---

<sup>183</sup> *Vid.* W. F. EBKE, en: *Festschrift Großfeld*, Heidelberg, 1999, pp. 189 ss.; CH. SCHMID, *JZ* 2001, pp. 674, 680 ss.; W. ERNST, *AcP* 208 (2008), pp. 278 ss., con numerosas citas.

# Códigos de conducta y *on-line dispute resolutions*: una aproximación a la privatización del Derecho<sup>1</sup>

**MARÍA ROSA LLÁCER MATA CÁS**

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Barcelona

**SUMARIO:** 1. Las manifestaciones jurídicas de la gobernanza: 1.1 Post-modernidad jurídica: El derecho estático frente la privatización del derecho. 1.2 Autorregulación e Internet: el *soft law* como instrumento de desarrollo del comercio electrónico. 1.3 La intervención del Estado: formas de corregulación: 1.3.1 Promoción de códigos de conducta. 1.3.2 La homologación de códigos de conducta. 1.3.3 Promoción institucional de contratos-tipo. 1.3.4 Los Códigos como técnica de regulación. 1.3.5 La incorporación normativa de los códigos. 1.3.6 La utilización jurisprudencial de las normas alternativas. 1.3.7 Redes de responsabilidad pública e integración de la iniciativa privada. –2. Manifestaciones de la privatización en la regulación sectorial: autorregulación y corregulación.–3. Manifestaciones jurídicas de la autorregulación: los instrumentos de recepción por el sistema: 3.1 Códigos de conducta y *labels*: aproximación conceptual. 3.2 La base voluntaria de la autorregulación: 3.2.1 Contractualización de las conductas y asunción unilateral de contenidos. 3.2.2 La adhesión a un código de conducta o a un sistema de certificación. 3.2.3 Autorregulación y contenido contractual: entre el clausulado y la integración contractual.–3.3 La modelación de los estándares de diligencia o de seguridad desde el *soft law*: 3.3.1 La contribución del *soft law* a la *lex artis*. 3.3.2 Contribución a la obligación de seguridad y a la responsabilidad por daños.–3.4 Más allá del principio de relatividad: en torno a una eficacia normativa general de la autorregulación.–4. Autorregulación y resolución alternativa de conflictos. En particular, las *on-line dispute resolutions*: 4.1 Autorregulación y medios electrónicos. 4.2 La necesidad de una plataforma: ECODIR. 4.3 Formas de resolución de conflictos en línea: Ombudsman, negociación, mediación y arbitraje: 4.3.1 Servicios de atención al

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha realizado en el marco del Programme d'Études Canadiennes del Conseil International d'Études Canadiennes (2008-2009). Agradezco al Centre de Recherche en Droit Public (Université de Montréal) y a su director, Prof. Karim Benyekhlef, su generosa colaboración que lo ha hecho posible.

cliente y Ombudsmen. 4.3.2 Negociación y mediación. 4.3.3 Arbitraje y fórmulas mixtas. 4.3.4 El arbitraje electrónico.

## RESUMEN

*La autorregulación es una manifestación de auge de la sociedad civil. La llamada gobernanza, característica del Estado post-moderno, pone de relieve la crisis del Estado convencional, que monopoliza la regulación y la actuación de los intereses públicos. El derecho que proviene de la sociedad recibe diferentes denominaciones: protocolos, buenas prácticas, recomendaciones, códigos de conducta, etc. Pero el Estado también absorbe el soft law, al promocionar, homologar o utilizar los códigos de conducta, hasta llegar a plantear su integración en el sistema de fuentes jurídicas. Vista su base voluntaria, la autorregulación puede analizarse como una contractualización de las conductas o una promesa unilateral: el profesional se adhiere a un código y asume determinados comportamientos en sus relaciones externas. Asimismo, el soft law modela los estándares de diligencia o de seguridad y contribuye a definir la responsabilidad contractual o por daños. Las técnicas de resolución alternativa de conflictos son otra manifestación de la autorregulación, especialmente en sectores deslocalizados como Internet. La implantación de las ODR recomienda utilizar plataformas, incluso promovidas por el poder público como será el caso de la institucionalización del sistema arbitral de consumo.*

## 1. LAS MANIFESTACIONES JURÍDICAS DE LA GOBERNANZA

### 1.1 Post-modernidad jurídica: El derecho estático frente a la privatización del derecho

La mundialización de la economía y de los intercambios corre paralela al fenómeno neoliberalista, ordenado en torno al concepto de gobernanza, cuyas manifestaciones jurídicas permiten destacar el desarrollo de la autorregulación. Esto se produce en un contexto de pérdida de protagonismo del Estado moderno frente a los actores económicos y sociales; en definitiva, los poderes fácticos. El crecimiento de colectivos heterogéneos (sector bancario, industrial, organizaciones de consumidores, internautas, ONG) con poder económico, capacidad de opinión o mediática, se traduce en poderes fácticos, de decisión, autogestión y, también, de autorregulación.

Frente a los resortes del Estado tradicional, productor de un derecho estático, legitimado por su procedencia de los órganos estatales competentes, surge una nueva normatividad nacida de la sociedad y justificada en la efectividad de la gestión. La crisis del Estado moderno y la eclosión de diversas formas de post-modernidad, a nivel político o sociológico, encuentran su reflejo jurídico en una crisis del derecho nacido y aplicado bajo la acción de la autoridad o *imperium*, frente a la pujanza de nuevas formas de regulación legitimadas en cualidades como la especialización, la buena gestión y la transparencia. Bien es cierto que los acontecimientos económicos globales también han puesto en entredicho la autogestión exenta de controles eficaces, crisis que ha recuperado el papel del Estado capaz de imponer valores de orden público y a quien se reclama de nuevo el ejercicio del monopolio del poder.

Es conocida la teoría que sitúa la gobernanza en la crisis de las instituciones de la democracia representativa, propia del Estado moderno, e identifica el resurgir del protagonismo de la sociedad civil con un nuevo ciclo de post-modernidad<sup>2</sup>. La expresión «gobernanza» es significativamente distinta al «gobierno», referido al Estado autoritario y estructurado en sistemas de legitimidad. Es un fenómeno con múltiples manifestaciones en cualquier actividad que requiera una gestión susceptible de protocolización, como es el caso de la *corporate governance*, la democratización del funcionamiento empresarial, de las organizaciones internacionales o de la administración<sup>3</sup>, método que transciende a los planteamientos de los órganos políticos<sup>4</sup>. Se pone así

---

<sup>2</sup> Véase un revelador análisis histórico del agotamiento del Estado representativo, construido frente al poder de la Iglesia o la nobleza, y de la reconstrucción del poder socio-económico en BENYEKHEF, Karim: *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Éditions Thémis, Montréal, 2008, pp. 505 ss.

<sup>3</sup> Véase MOREAU DEFARGES, Philippe: *La gouvernance, Que sais-je?*, PUF, Paris, 2003, pp. 19-20. Para un análisis de la participación de los usuarios en los sectores de la salud y la educación y su relación con la masificación de las políticas sociales, véase HAMEL, Pierre, y JOUVE, Bernard: *Un modèle québécois? Gouvernance et participation dans la gestion publique*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 2006, p. 44; GAUDIN, Jean-Pierre: *Pourquoi la gouvernance?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2002, p. 61.

<sup>4</sup> Véase la Comunicación de la Comisión, de 25 de julio de 2001, «La gobernanza europea - Un Libro Blanco» [COM (2001) 428 final - Diario Oficial C 287 de 12.10.2001], que ponía de manifiesto la concienciación de la Unión Europea en aplicar los principios de la buena gobernanza a su responsabilidad mundial y la necesidad de apertura de los agentes gubernamentales y no gubernamentales. El documento sienta el concepto de «gobernanza» en torno a «las normas, procesos y comportamientos que influyen en el ejercicio de los poderes a nivel europeo, especialmente desde el punto de vista de la apertura, la participación, la responsabilidad, la eficacia y la coherencia». Destaca que la mejora en la efectividad de las políticas pasa por implicar a los sectores sociales: «La reforma de la gobernanza aborda la cuestión de cómo la UE utiliza los poderes que le

de relieve la crisis del ejercicio tradicional de la autoridad, basada en la asimetría y la unilateralidad a favor de nuevos parámetros de cooperación y adhesión, de forma que la gestión de temas colectivos y la solución de problemas ha escapado del control exclusivo del Estado, para implicar y consultar a los sectores empresariales y sociales, así como a los nuevos protagonistas de la vida pública como las organizaciones no gubernamentales o los grupos de expertos<sup>5</sup>.

Sin ánimo de profundizar en la hipótesis de un nuevo sistema nacido de las insuficiencias del Estado (que a nuestro parecer tampoco podría prescindir del mismo), sí cabe destacar la existencia no sólo de un nuevo método de hacer derecho<sup>6</sup>, sino también de una normatividad alternativa, ajena al poder político, aunque dotada de legitimidad en la medida que describe comportamientos seguidos por un colectivo<sup>7</sup>. El cambio social y político está provocando un cambio jurídico: el advenimiento de un derecho «post-moderno» alternativo al derecho formal del Estado liberal<sup>8</sup>. Así, se normalizan expresiones que tienden a superar la pretendida fractura entre lo jurídico y lo social, poniendo de relieve la dicotomía entre

---

otorgan sus ciudadanos. Se refiere a la manera en que las cosas podrían y deberían hacerse. El objetivo es abrir el proceso de decisión política para dotarlo de unos mayores niveles de integración y responsabilidad. Un mejor uso de sus poderes debería permitir a la UE una conexión más directa con sus ciudadanos y dar lugar a unas políticas más efectivas. Con este propósito, la Unión deberá combinar más eficazmente diferentes instrumentos de acción pública, tales como la legislación, el diálogo social, la financiación estructural o los programas de acción. Esto debería contribuir a reforzar el método comunitario».

<sup>5</sup> Véase CHEVALLIER, Jacques, «La gouvernance et le droit», *Mélanges Paul Amselek* (dir. G. Cohen-Jonathan, Y. Gaudemet, R. Hertzog, P. Wachsmann, J. Waline), Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 189-190. Asimismo, SCHULTZ, Thomas: *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 113.

<sup>6</sup> La técnica de los libros verdes, habitual en el contexto de la Unión Europea, representa una procedimentalización de los procesos de consulta y la normalización de los contactos a nivel europeo entre agentes sociales: consumidores, expertos, *stakeholders*, etc. Asimismo, se oficializan grupos de expertos y estructuras consultivas. Este substrato habilita la creación de pensamiento y finalmente de derecho negociado.

<sup>7</sup> Véase ARNAUD, André-Jean: *Critique de la raison juridique*, LGDJ, Paris, 1981 (ejemplar accesible en <http://www.reds.msh-paris/publications/coll-vir.htm>), quien destacaba la importancia de la función de sistematización independientemente de su origen (p. 24): «La systématisation de la connaissance juridique constitue l'une des fonctions de la raison juridique. L'autre consiste dans la systématisation des raisonnements et des conduites».

<sup>8</sup> Véase PECH, Laurent: «Droit & gouvernance: vers une "privatisation" du droit», *Document de travail de la Chaire MCD*, <http://www.chaire-mcd.ca/>, mars 2004. El autor pone de relieve (p. 13) la expresión «juristas del mercado», frente a los «juristas de Estado», símil de la reconstrucción social frente a la del Estado, que sucede a la histórica construcción del Estado frente al poder papal. Para una reformulación de la evolución de la norma y un análisis contemporáneo de las normativas alternativas, véase BENYEKHELF, Karim: *Une possible histoire de la norme*, cit., p. 559.

órdenes normativos (estático u oficial *versus* no estático)<sup>9</sup> y la emergencia de «normativas alternativas»<sup>10</sup>.

La emergencia de lo social representa un pluralismo evidente, también en el orden jurídico, que se manifiesta en una mezcla de órdenes normativos: la difusión de recomendaciones y buenas prácticas, de principios-marco, de entidades de certificación de productos o servicios, de códigos de conducta cuyo valor es incluso reconocido por el poder público, la potenciación de la resolución alternativa de conflictos o la cristalización normativa de contratos-tipo. La fragmentación ha desplazado al poder fuera de las instituciones políticas representativas, debilitando la acción legislativa estatal a favor de formas de regulación empíricas, eficaces en cuanto se adaptan a situaciones cambiantes. En este sentido, el derecho post-moderno se califica de *soft law* o *droit mou* o de *droit négocié*<sup>11</sup>. Esta realidad es particularmente evidente en el contexto de Internet, refractaria a la noción clásica de soberanía y producto de la actividad convergente de diferentes focos de interés<sup>12</sup>.

Se codifican conjuntos de procedimientos o de prácticas que se justifican por su eficacia comprobada. Así, ganan carta de naturaleza los protocolos de comportamiento, las auditorías, las agencias de regulación y de observación, la trazabilidad de las decisiones, las autoridades independientes de certificación, las iniciativas de compromiso social de las empresas; en definitiva, existe una difuminación entre lo lucrativo y lo no lucrativo, entre lo público y lo privado, incluso en la gestión de servicios antaño públicos (por ejemplo, las redes de servicios sociales, integradas por entidades públicas y privadas, con o sin ánimo de lucro, dirigidas por planes públicos e integradas en redes públicas)<sup>13</sup>.

La multiplicación de focos de producción normativa puede provocar cierta crisis en la dogmática jurídica, ya que las nuevas

---

<sup>9</sup> Véase MACDONALD, Roderick A.: «Les Vieilles Gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives», *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, dir. Jean-Guy Belley, LDGJ - Institut canadien de recherches avancées, Paris, 1996, p. 242.

<sup>10</sup> Véase BENEKHELF: *Une possible histoire de la norme...* cit., p. 759.

<sup>11</sup> Al derecho moderno le sigue un derecho post-moderno, pluralista, negociado, que se justifica en la medida que representa una optimización y la fijación de buenas prácticas. Véase CHEVALLIER, Jacques: «La régulation juridique en question», *Droit et Société*, 49-2001, p. 834.

<sup>12</sup> Véase BENEKHELF: *Une possible histoire de la norme*, cit., p. 723, poniendo de relieve la convergencia entre actividad procedente del Estado, del mercado, del sector non profit, de las corrientes de opinión. Destaca la idea de interacción vinculada a la noción de gobernanza MOCKLE, Daniel: «Mondialisation et État de Droit», *Mondialisation et État de Droit*, dir. D. Mockle, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 57 y 74-75.

<sup>13</sup> Frente al Estado-providencia surge el Estado que gestiona, impulsa, busca partenariatos entre lo público y lo privado, véase BENEKHELF, Karim: *Une possible histoire de la norme*, cit., p. 28; GAUDIN: *Pourquoi la gouvernance?*, cit., p. 72.

formas de regulación no tienen por qué encajar en las categorías tradicionales: en este sentido se ha afirmado que «la dogmática sirve para analizar la normatividad jurídica pero no aparece ya como el único elemento empírico»<sup>14</sup>.

Por ejemplo, esta heterogeneidad o «*mélée normative*»<sup>15</sup> escapa a la idea de jerarquía y al sistema de fuentes tradicional, a menudo diverso en función del cuerpo normativo<sup>16</sup>. De ahí la conocida subversión de la pirámide de Kelsen. Se ha afirmado que «le paradigme dominant du droit, la pyramide, disparaît au profit du réseau»<sup>17</sup>. La toma de decisiones descentralizada supera la jerarquía piramidal, cristaliza en una complejidad normativa realmente extendida en determinados sectores como Internet<sup>18</sup> y provoca interacciones sin relación clara con la jerarquía normativa<sup>19</sup>.

Un factor importante en esta falta de nitidez dogmática se halla en la llamada privatización del derecho, considerada como algo más que la utilización de la técnica contractual para crear una *lex inter partes*, es decir, considerada como una fuente de derecho con una capacidad de aplicación general<sup>20</sup>. La privatización es una consecuencia de la intervención de actores privados en la producción de normas, de un policentrismo que desdibuja la sistematización característica del Derecho<sup>21</sup>. La nueva legitimidad provendría de la autorregulación, del consenso colectivo o negociado y no necesariamente impuesto<sup>22</sup>. Centrándonos en el Ordenamiento español, la

<sup>14</sup> Véase MACDONALD, *op. cit.*, p. 245.

<sup>15</sup> De nuevo MACDONALD, *op. cit.*, p. 244.

<sup>16</sup> Es difícil enumerar los diferentes tipos de órdenes normativos. Porque cada orden jurídico es también un orden social, aunque no exclusivamente: deviene un elemento de un orden social que se regula por diversos órdenes entremezclados, resultado de fluctuaciones que arrojan un orden jurídico dado, válido para un momento determinado en un momento de fluctuaciones técnicas y sociales rápidas y complejas; véase MACDONALD (p. 262).

<sup>17</sup> Véase BENYKHELF, *Une possible histoire de la norme*, p. 717.

<sup>18</sup> OST, François, y VAN DE KERCHOVE, Michel: *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 44.

<sup>19</sup> OST, François, y VAN DE KERCHOVE, Michel: *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1987, p. 215

<sup>20</sup> PECH, «Droit & gouvernance...» cit., p. 18: «Par “privatisation”, on entend un phénomène multiforme qui, dans sa dimension la plus neutre, se traduit par l’influence des principes et instruments propres au droit privé et dans sa dimension la plus révolutionnaire, se traduit par la marginalisation de l’État et des institutions représentatives au profit d’acteurs privés ou “civils”, phénomène qui peut être constaté tant au niveau interne qu’externe».

<sup>21</sup> PECH, «Droit & gouvernance...» cit., p. 23, llega a afirmar: «L’État apparaît nettement marginalisé et des normes sont bien produites sans que l’État puisse toujours imposer sa tutelle ou médiation. L’intensité de ce phénomène est certes toutefois variable. Les acteurs privés peuvent produire des règles qui doivent servir de modèle à l’État. De manière plus ambitieuse encore, les acteurs privés peuvent tenter de s’autoréguler en produisant un corps de normas “autonomes” par rapport aux ordres jurídicos des États».

<sup>22</sup> Véase ARNAUD, André-Jean: *Critique de la raison juridique. Vol. 2: Gouvernants sans frontières – Entre mondialisation et post-mondialisation*, LGDJ, Paris 2003, p. 306:



ley reconoce el fenómeno y la expresión: por ejemplo el artículo 32.1 *in fine* de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSICE) reconoce que los instrumentos de autorregulación son un medio adecuado para facilitar la solución extrajudicial de conflictos entre el prestador y el destinatario de los servicios de la sociedad de la información. El artículo 7.4.a) de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, se refiere a la existencia de sistemas de resolución extrajudicial de conflictos, *de carácter público o privado* al prever el contenido de la información previa que el prestador debe proporcionar al consumidor<sup>23</sup>.

## 1.2 Autorregulación e Internet: el *soft law* como instrumento de desarrollo del comercio electrónico

Sin duda Internet es un campo sujeto a regulación legal por razones de orden público y de seguridad. Siguiendo el vocabulario poco convencional que hemos adoptado al abordar este trabajo, diríamos que existe un sistema normativo «estático» imprescindible al funcionamiento del sistema. No obstante, si atendemos a actividades concretas (utilización de motores de búsqueda, contratación de productos o servicios específicos en línea) constatamos la normalización de políticas de privacidad, de buenas prácticas comerciales, la sujeción a códigos de conducta o la exhibición de certificados que atestiguan la idoneidad del sitio, no sólo conforme a la ley, sino también a parámetros de conducta o estándares de calidad voluntariamente asumidos y de reputación reconocida en la red<sup>24</sup>. Sin dudar de la necesidad de una regulación de sector y de un

---

«Le droit comme ensemble prescriptif tend à comprendre, à côté de l'instrument étatique légitimement édicté par l'autorité représentative du corps des citoyens auquel il s'impose, des normes juridiques issues de modes de gestion négociée des relations sociales où interviennent les intéressés eux-mêmes dans leur propre contexte, et qui peuvent être regroupés sous le vocable de "gouvernance"».

<sup>23</sup> Para una aproximación a la normativa española que apela a los códigos de conducta, véase FERNÁNDEZ MAGARZO, María del Rosario: «La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial», *Estudios sobre Consumo*, 84, 2008, pp. 77 ss.

<sup>24</sup> En relación con los requisitos necesarios para admitir el valor normativo empírico de estas normas, véase POULLET, Yves: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet: l'autorégulation et le rôle du droit étatique», *Revue Ubiquité*, n.º 5, junio 2000, pp. 61-62, que enumera: el reconocimiento de la competencia de los autores de los códigos por sus destinatarios (así, la resultante de su evaluación por asociaciones de consumidores), la relación de conformidad del código con una norma superior (no puede contrariar una norma legal imperativa; deben mejorar las previsiones o habilitar un buen método de cumplimiento) y una relación de efectividad o eficacia disuasiva (una capacidad de imposición intrínseca, o a través de sistemas de resolución alternativa de conflictos).

marco normativo del comercio electrónico, nos proponemos incidir sobre estas modalidades de regulación alternativa<sup>25</sup>.

Internet ilustra el mencionado cambio de los focos de producción de normatividad que, junto a los Estados, se sitúan también en los foros internacionales, las redes de especialistas, la industria, los actores y las comunidades de intereses donde se generan las tendencias<sup>26</sup>. De nuevo, hallamos la autorregulación o la co-regulación, producción normativa al ras de las necesidades, resultante de la negociación o del diálogo colectivo, de procesos consultivos que incorporan a implicados y expertos, que cristaliza en la difusión de buenas prácticas, de protocolos de conducta. De hecho, los actores de Internet ordenan su conducta en consideración a una multitud de parámetros que se ordenan bajo la expresión *lex electrónica*, en claro paralelismo con la función que tuvo la *lex mercatoria*<sup>27</sup>. Ordena Trudel las fuentes de la *lex electrónica* desde una doble perspectiva, ya deriven del orden jurídico, ya provengan de los grupos sociales. En este sentido, distingue entre normas institucionales, que desarrollan reglas jurídicas, y normas sustanciales (arquitectura técnica y prácticas contractuales y usos, capaces de generar reglas de conducta aceptadas por la comunidad de usuarios).

El nivel de complejidad de las normas de conducta sociales también varía. Cabe recordar el ejemplo de Netiquette<sup>28</sup> y, actualmente, la promoción de los códigos de conducta para el fomento de la confianza en línea, a iniciativa de instituciones privadas, pero

<sup>25</sup> Para una visión con el vértice en la autorregulación, consúltese AMBLARD, Philippe: *Régulation de l'Internet. L'élaboration des règles de conduite par le dialogue inter-normatif*, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur & Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 243. El autor considera que las normas estáticas, aun siendo imprescindibles, tienen carácter implícito y son difícilmente oponibles a los usuarios de la red, de forma que podrían crear inseguridad jurídica si no estuvieran desarrolladas por las normas autorreguladoras o normas de conducta: «élaborer des règles de conduite, c'est donc expliciter des règles étatiques ou primaires, ou plutôt tendent de remédier à leur incertitude, leur inefficacité, voire leur statisme».

<sup>26</sup> Véase TRUDEL: «L'influence d'internet sur la production normative», *Le droit international de l'internet* (dir. Georges Chatillon), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 97.

<sup>27</sup> Véase Pierre TRUDEL, que destaca cómo el ciberespacio, como nueva realidad, genera nuevas normas impulsadas por sus actores, como una metáfora de la *lex mercatoria* que regía las transacciones entre comerciantes («La *lex electronica*», <http://www.chair-elrwilson.ca/cours/drt3808/Lexelectronica-trudel.pdf>, 11): «On constate en effet que les divers contrôleurs privés de l'espace cybernétique, ainsi que les groupes de personnes s'y constituant, formulent effectivement des règles. Ces règles d'origine privée, plus ou moins formelles ou prenant la forme d'usages exprimés dans des clauses contractuelles, pourraient s'imposer dans les environnements électroniques en raison, d'une part, de la cohésion des communautés qu'elles pourraient régir et, d'autre part, en raison de la marginalisation de la norme étatique dans ces environnements définis sans égard aux juridictions territoriales».

<sup>28</sup> Neologismo resultante de la combinación entre las palabras «net» y «etiquette» y que indica el conjunto de reglas dirigidas a los actores de Internet, tal como explica TILMAN, Vincent: «An Integrated Approach To Improving Online Confidence», *Proceedings of the UNECE Forum on ODR*, 2003, <http://www.odr.info/unece2003>, p. 1.

también en desarrollo de un mandato legal<sup>29</sup>. En efecto, el Estado ha asumido la responsabilidad de encauzar la autorregulación ejerciendo funciones de certificación u homologación de códigos de conducta (cfr. Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información, así como los requisitos y procedimiento de concesión).

### 1.3 La intervención del Estado: formas de corregulación

Si la gobernanza se caracteriza por la gestión dialogada, no deben subestimarse las relaciones de poder y los desequilibrios entre los actores sociales que quiebran la igualdad tanto en la información disponible como en la capacidad de intervención en los procesos de decisión. La verificación de procesos realmente democráticos y equilibrados no deja de ser un resultado deseable aunque poco probable sin instrumentos de fomento o de control por parte del poder público<sup>30</sup>. Se cae pues en «*l'incontournable question du gendarme*»<sup>31</sup>.

El Estado post-moderno asume un papel garantista. Una gobernanza alternativa al derecho no es viable sin un cuadro institucional y unos mecanismos de control y equilibrio<sup>32</sup>. El Estado, entonces, no sólo asume la efectividad de los principios de orden público, sino también un papel organizador, previendo y gestionando los riesgos del sistema, asegurando la pluralidad, la satisfacción de derechos y tutelando la posición de los elementos débiles, muy diversos, desde un punto de vista social o económico (consumidores, internautas, personas con riesgo de exclusión, discapacitados y dependientes, tercera edad, menores)<sup>33</sup>. Vistas las insuficiencias de la autorregulación, debe convenirse en que es preciso corregir

<sup>29</sup> Para un análisis de la autorregulación en el comercio electrónico desde la perspectiva de la fiabilidad y la confianza, véase SCHULTZ: *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, cit., p. 103.

<sup>30</sup> Véase PECH, Laurent: «Droit & gouvernance..», cit., pp. 50 y 57.

<sup>31</sup> Véase MOREAU DEFARGES, *La gouvernance*, cit., p. 116.

<sup>32</sup> CHEVALLIER, Jacques: «La gouvernance et le droit», *Mélanges Paul Amselek*, dir. G. Cohen, Y. Gaudemet, R. Herzog, P. Wachsmann, J. Wahne, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 196.

<sup>33</sup> Véase CHEVALLIER, Jacques: «Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques», *Droit et économie de la régulation. Les engagements dans les systèmes de régulation*, vol. 4, dir. Marie-Anne Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, p. 144, donde presenta al Estado como «instrumento de orden en un sistema organizado». No obstante matiza que el «Estado regulador» no es el «Estado intervencionista o dirigista», pues su finalidad es mantener el equilibrio de conjunto, trazar los principios, intervenir en tutela de los débiles (p. 146).

desviaciones y preservar el interés general<sup>34</sup>. Así, puede asumir un control sobre la autorregulación disponiendo los principios sobre los que debe construirse e interviniendo en caso de ser necesario<sup>35</sup>. En realidad, el poder público no hace dejación, sino que incorpora la autorregulación reconociéndole un valor complementario, interviniendo en su diseño y funcionamiento<sup>36</sup> o promoviendo su difusión (cfr. p.e. el citado artículo 44 de la Propuesta de Directiva relativa a los derechos de los consumidores, que obliga a los Estados miembros a promover el conocimiento de los códigos de conducta a los consumidores).

Revisemos algunos ejemplos de esta tendencia a la integración de la norma alternativa por el Estado.

### 1.3.1 PROMOCIÓN DE CÓDIGOS DE CONDUCTA

La promoción de códigos de conducta se dirige a poner en práctica y optimizar la aplicación de la ley, preservando su carácter voluntario, tal como indica el Cdo. 49 de la Directiva 2000/31/CE relativa a ciertos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico en el mercado interior<sup>37</sup>. El artículo 18 LSSICE impone a las Administraciones públicas la función de impulsar, a través de la coordinación y el asesoramiento, la elaboración y aplicación de códigos de conducta voluntarios, por parte de las corporaciones, asociaciones u organizaciones comerciales, profesionales y de consumidores, en las materias reguladas en dicha Ley. Esta actividad se caracteriza por el consenso y la participación de los actores implicados, en particular de los que pueden considerarse más vulnerables, como los consumidores y usuarios y las personas con discapacidades físicas

<sup>34</sup> Véase SCHULTZ, 119. Para MOREAU DEFARGES, Philippe: *La gouvernance*, cit., p. 27, importa más la fijación de reglas y su correcta aplicación, de forma que el papel del Estado se situaría al principio (fijación de reglas) y al final (control sobre su aplicación). No obstante aventura aún que este papel también puede diluirse, apareciendo el Estado como un actor más en colaboración con una sociedad que persigue y aplica la autorresponsabilidad.

<sup>35</sup> Véase POULLET: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...», cit., pp. 67-68: «le droit étatique se doit de fixer au moins les standards à partir desquels se décline l'autoréglementation et les autres techniques normatives et veiller à ce que les mécanismes de mise au point de ces techniques de réglementation et l'application du contenu de ces normes privées soient transparentes et prennent en compte l'intérêt des divers auteurs».

<sup>36</sup> Véase POULLET, Yves y BERLEUR, Jacques: «Quelles régulations pour l'Internet?», *Gouvernance de la société de l'information. Loi-Autoréglementation-Ethique*, dir. J. Berleur, C. Lazaro y R. Queck, Bruylant, Facultés Notre-Dame de la Paix de Namur, 2002, pp. 150-151.

<sup>37</sup> Véase el artículo 16 sobre códigos de conducta: «Les États membres et la Commission doivent encourager l'élaboration de codes de conduite. Cela ne porte atteinte au caractère volontaire de ces codes et à la possibilité, pour les parties intéressées, de décider librement si elles adhèrent ou non à ces codes».

o psíquicas, a través de las asociaciones y entidades representativas.

### 1.3.2 LA HOMOLOGACIÓN DE CÓDIGOS DE CONDUCTA

La homologación de los códigos representa un paso más al garantizar una supervisión y seguimiento públicos. Por ejemplo, la disposición adicional 2.<sup>a</sup> del Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de seguridad general de los productos, contempla la elaboración por los sectores empresariales, las asociaciones de consumidores y la Administración, de códigos de buenas prácticas destinados a garantizar la seguridad general de los productos, sometidos a la aprobación final por los órganos administrativos competentes. Pone a cargo del Instituto Nacional del Consumo la elaboración y aprobación de códigos de ámbito estatal, previa consulta con la Comisión de Cooperación de Consumo<sup>38</sup>.

También la Disp. final 8.<sup>a</sup> LSSICE prevé la creación de un distintivo de adhesión a códigos de conducta con determinados niveles de garantía y en particular que incluyan la adhesión al Sistema Arbitral de Consumo o a otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos que respeten los principios establecidos en la normativa comunitaria sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores. El Real Decreto 1163/2005, de 30 de septiembre, por el que se regula el distintivo público de confianza en los servicios de la sociedad de la información articula los requisitos mínimos del distintivo público de confianza en línea (art. 4), que deberá mejorar o incrementar las garantías legales, prever un sistema de resolución extrajudicial de conflictos de conformidad con el propio Real Decreto y asumir compromisos específicos en relación con problemas concretos planteados a los consumidores y usuarios de un sector, correspondiente a las actividades del prestador de servicios. Se prevé, además, que el propio código integre procedimientos de evaluación independientes para comprobar el cumplimiento del código por los prestadores adherido así como un régimen sancionador adecuado, eficaz y disuasivo. No obstante, es

---

<sup>38</sup> Disposición Adicional 2.<sup>a</sup> 3 del Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de seguridad general de los productos: «Estos códigos podrán precisar, entre otros aspectos, el alcance del seguimiento por parte de los productores de los productos puestas en el mercado, las actuaciones que deben emprender en caso de sospecha razonable de la existencia de un riesgo, sus pautas de comportamiento, los sistemas de compensación e indemnización a los consumidores, los procedimientos de diálogo y comunicación con las Administraciones públicas y los medios de notificación a productores y distribuidores.»

la Administración la que concede y retira el distintivo a las entidades promotoras (arts. 11 y 12)<sup>39</sup>.

En materia de protección de datos personales, el artículo 32 LOPD también legitima a los actores sectoriales a promover códigos de conducta o códigos deontológicos o de buena práctica profesional, que deben inscribirse en el Registro General (o autonómicos) de Protección de Datos. No obstante, podrá denegarse la inscripción si se considera que el Código no se ajusta a las disposiciones legales y reglamentarias, en cuyo caso el Director de la Agencia de Protección de Datos requerirá a los solicitantes para que efectúen las correcciones oportunas. De nuevo, aparece una forma de control y en definitiva de homologación sobre los Códigos inscritos, que certifican la bondad del mismo y de los procederes de las entidades que los han promovido.

### 1.3.3 PROMOCIÓN INSTITUCIONAL DE CONTRATOS-TIPO

A veces la autoridad asume la promoción institucional de modelos normativos privados a través de contratos-tipo. Pueden consistir en una mera recomendación o en alternativas no excluyentes junto a otras opciones igualmente refrendables. Constituye un ejemplo de lo primero el Acuerdo Europeo relativo a un Código de conducta voluntario sobre información precontractual para créditos vivienda, negociado y adoptado por las Asociaciones europeas de consumidores y del sector del crédito que ofrecen créditos vivienda y destinado a ser aplicado por cualquier entidad que ofrezca créditos vivienda al consumidor<sup>40</sup>. Asimismo, cabe poner de relieve el informe favorable que la Comisión de Cooperación de Consumo formuló en relación al Pliego de Condiciones Particulares o Contrato de Compraventa de Vivienda, su Anexo, las Condiciones Generales de dicho contrato y las Estipulaciones especiales en las Viviendas de Protección Oficial (VPO), consensuados por los diferentes agentes sociales implicados bajo el impulso de las autoridades de consumo, declarándolas ajustadas a la legislación de consumo<sup>41</sup>. Hallamos un ejemplo de lo segundo en la Circular 2/2000, de 30 de mayo,

---

<sup>39</sup> La Orden ECF/215/2007, de 30 de mayo, por la que se establece el procedimiento de otorgamiento y retirada del distintivo público de confianza en línea, así como el ejercicio de las funciones destinadas a velar para el mantenimiento de los requisitos que justifiquen su otorgamiento atribuye las competencias sobre las entidades promotoras domiciliadas en Cataluña a la Agencia Catalana del Consumo.

<sup>40</sup> [http://ec.europa.eu/internal\\_market/finservices-retail/docs/home-loans/agreement\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/finservices-retail/docs/home-loans/agreement_es.pdf)

<sup>41</sup> <http://consumo-inc.es/informes/interior/informes/frame/documentos/vivienda.htm>

de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que establece un modelo normalizado de contrato-tipo de gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión, de uso voluntario pero que se presenta como una contribución a la transparencia del mercado y a la protección del inversor, así como una simplificación de los trámites de verificación del contrato-tipo, de forma que las entidades pueden utilizarlo con la garantía de su adecuación, sin perjuicio de que la capacidad individual o colectiva (asociaciones de profesionales) de elaboración de los mismos<sup>42</sup>. Asimismo, la Ley 2/2000, de 7 enero, que regula los contratos tipo de productos agroalimentarios, y cuyo objeto es regular sus criterios y formas de homologación, define su contenido mínimo obligatorio, las funciones de las comisiones de seguimiento y el trámite e incidencias de la solicitud.

#### 1.3.4 LOS CÓDIGOS COMO TÉCNICA DE REGULACIÓN

A veces, es la autoridad la que se vale de la técnica del Código para regular una actividad, utilizando antecedentes debatidos en distintos foros, aunque con una voluntad inequívoca de pautar obligatoriamente la actividad por razones de orden público. Revelador es el título de la Directiva 2001/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de noviembre de 2001, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano<sup>43</sup>. Volviendo a la regulación de las inversiones, el Real Decreto 629/1993, de 3 mayo, sobre normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, regula el código general de conducta de las entidades que realicen actividades relacionadas con los mercados de valores, elaborado sobre la base de directrices del Comité Técnico de la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) y las recomendaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas. Establece la obligación de cumplir el código e impone a las entidades la obligación de elaborar reglamentos

---

<sup>42</sup> El artículo 14 del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, Normas de actuación en los mercados y registros obligatorios, prevé los contratos-tipo obligatorios que, además de adecuarse a la legislación de protección de los consumidores y usuarios (actualmente Real Decreto 1/2007), deben contener los requisitos y condiciones para su modificación y resolución anticipada, el sometimiento de las partes a las normas de conducta y requisitos de información previstos en la legislación del Mercado de Valores y que se someten a la verificación previa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

<sup>43</sup> También utiliza la técnica del contrato-tipo, como una forma de poner en práctica contratos normados, es decir, con un contenido obligatorio o fuertemente intervenido, con la finalidad de tutelar los destinatarios de los mismos, en particular los consumidores y usuarios: véase el artículo 108 del Real Decreto 424/2005, de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, que prevé modelos de contrato-tipo relativos a la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas que estén sujetos a obligaciones de servicio público.

internos de conducta. Asimismo, la resolución de 30 de diciembre de 2002 de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información pública el código de conducta para la prestación de los servicios de tarificación adicional, que tiene carácter vinculante y debe formar parte de los contratos tipo.

### 1.3.5 LA INCORPORACIÓN NORMATIVA DE LOS CÓDIGOS: LAS PRÁCTICAS DESLEALES

Recientemente, se observa una tendencia a integrar los códigos de conducta en la regulación las prácticas comerciales. Se reconoce pues la relevancia jurídica de la suscripción de un código con el fin de contribuir a la calificación jurídicamente una conducta. Así se observa en la Directiva 2002/59/CE sobre prácticas comerciales desleales<sup>43 bis</sup>. De acuerdo con su Anexo I, son prácticas desleales en cualquier circunstancia, en la categoría de engañosas las que consistan en «afirmar el comerciante ser signatario de un código de conducta no siendo cierto», «exhibir un sello de confianza o de calidad o un distintivo equivalente sin haber obtenido la necesaria autorización» y «afirmar que un código de conducta ha recibido el refrendo de un organismo público o de otro tipo no siendo cierto». Asimismo, es una práctica engañosa la afirmación de que se dispone de una acreditación u autorización oficial (concretamente, que «un comerciante (incluidas sus prácticas comerciales) o un producto ha sido aprobado, aceptado o autorizado por un organismo público o privado cuando éste no sea el caso, o hacer esa afirmación sin cumplir las condiciones de la aprobación, aceptación o autorización»). De hecho, la Directiva 2002/59/CE ya anuncia en sus Considerandos que va a reconocer el papel de los códigos de conducta, no sólo para analizar las prácticas concretas de un comerciante, sino también para facilitar la aplicación de sus principios, admitiendo que los propios códigos pueden facilitar el control de las prácticas comerciales descargando las vías administrativas o judiciales (Cdo. 20). Para ello tiene que reconocer también el papel de los promotores del código, verdaderos redactores de normas conductuales, con competencias para modificarlas y controlar su aplicación. Así, el artículo 2. g) define el responsable del código como «cualquier entidad, incluido un comerciante o grupo de comerciantes, que sea responsable de la elaboración

<sup>43 bis</sup> Transpuesto ya en fase de corrección de este trabajo, por Ley 29/2009 de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. El art. 39 de la Ley 3/1991 de Competencia desleal prevé que las acciones de cesación y de rectificación, cuando la conducta desleal consista en el incumplimiento del compromiso asumido a través de un código de conducta, deben instarse previamente ante el órgano de control. Se institucionaliza así el sistema normativo completo basado en el compromiso voluntario.



y revisión de un código de conducta y/o de supervisar su cumplimiento por quienes se hayan comprometido a respetarlo».

Ello no es obstáculo para atribuir al Estado una capacidad de control sobre los contenidos de los Códigos, estableciendo las sanciones legales que considere oportunas contra los promotores que infrinjan los derechos legales de los actores implicados, y sin perjuicio tampoco de la capacidad del juez para analizar las relaciones privadas a la luz de los pactos que se desprendan de la suscripción de los códigos y de la contratación amparada en ellos<sup>44</sup>.

### 1.3.6 LA UTILIZACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS NORMAS ALTERNATIVAS

Las normas alternativas también se han utilizado por la jurisprudencia a la hora de interpretar la ley<sup>45</sup>. Por ejemplo, a falta de desarrollos normativos concretos y con anterioridad a la transposición de la Directiva 2007/64/CE de 13 de noviembre de 2007 sobre los servicios de pago en el mercado interior, las recomendaciones de la Comisión europea al respecto han sido referentes interpretativos y de integración de los clausulados<sup>46</sup> y han permitido utilizar criterios limitativos de la responsabilidad para el titular del medio de pago o para fijar el carácter abusivo de cláusulas de exclusión de responsabilidad en casos en que poco había podido intervenir el usuario, como la clonación de tarjetas<sup>47</sup>.

---

<sup>44</sup> Artículo 11.1.2.b) Directiva 2002/59/CE. Corresponderá a cada Estado miembro decidir si los procedimientos que adopte para combatir las prácticas comerciales desleales «si podrán utilizarse contra el responsable de un código en caso de que el código en cuestión fomenta el incumplimiento de requisitos legales». El artículo 17 de la misma establece: «Los Estados miembros adoptarán las medidas adecuadas para informar a los consumidores de la ley nacional por la que se incorpora la presente Directiva a su ordenamiento interno, y, cuando proceda, alentarán a los comerciantes y a los responsables de códigos a informar a los consumidores de sus códigos de conducta.»

<sup>45</sup> Destaca esta función de la normatividad alternativa BENYEKHELF: *Une possible histoire de la norme*, cit., pp. 815-817.

<sup>46</sup> Recomendación de la Comisión de 8 de diciembre de 1987 (87/598/CEE), sobre el Código Europeo de buena conducta en materia de pago electrónico; Recomendación de la Comisión de 17 de noviembre de 1988 (88/59/CEE), relativa a los sistemas de pago y, en particular, a las relaciones entre titulares y emisores de tarjetas; la Recomendación de la Comisión de 30 de julio de 1997 (97/489/CE), relativa a las transacciones efectuadas mediante instrumentos electrónicos de pago, en particular, las relaciones entre emisores y titulares de tales instrumentos.

<sup>47</sup> Pueden consultarse las STS núm. 1212/2001 (Sala de lo Civil), de 21 de diciembre (RJ 2001/10053); SAP Madrid núm. 15/2004 (Sección 13.ª), de 11 de mayo AC 2005/832; SAP de Asturias núm. 69/2005, de 15 de febrero (AC 2005/422); SAP de Zaragoza núm. 182/2005, de 12 de abril (JUR 2005/134564); SAP de Valencia núm. 200/2006, de 17 de mayo (AC 2006/1647); SAP Baleares núm. 160/2006 (Sección 3.ª), de 6 abril JUR 2006/144281; SAP Madrid núm. 256/2006 (Sección 14.ª), de 25 de abril AC 2006/873.

### 1.3.7 REDES DE RESPONSABILIDAD PÚBLICA E INTEGRACIÓN DE LA INICIATIVA PRIVADA

La gestión delegada por el poder público a las entidades privadas constituye una manifestación ejecutiva, asentada en la previsión normativa de un sistema de responsabilidad pública pero de ejecución privada. Así ocurre en las redes sanitarias o las redes de servicios sociales. En este sistema de cogestión, la responsabilidad pública se manifiesta en la ordenación del sistema, asumiendo los poderes públicos una función rectora de los objetivos y recursos, así como de los estándares de los centros acreditados o integrados. De esta forma aprovecha el potencial del sector privado, mercantil o de iniciativa social (tercer sector), creando un entramado de colaboración entre lo público y lo privado, tal como evidencia el artículo 16 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

## 2. MANIFESTACIONES DE LA PRIVATIZACIÓN EN LA REGULACIÓN SECTORIAL: AUTORREGULACIÓN Y CORREGULACIÓN

La autorregulación representa el primer estadio de la elaboración de normas por los propios actores<sup>48</sup>, sistema que se revela descentralizado, exento de jerarquía y dotado de una cierta capacidad de autoejecución o *self enforcement*<sup>49</sup>. Es sabido que las manifestaciones originarias fueron empíricas y respondieron a una necesidad de gestión inmediata y reiterada que fue cuajando en una normatividad negociada<sup>50</sup>, cada vez más compleja, horizontal, resultante de una internormatividad entre elementos legales, estatutarios, contractuales<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Véase TRUDEL, Pierre: «Les effets juridiques de l'autoréglementation», *Revue de Droit de l'Université de Sherbrooke*, 1989, vol. 19, n.º 2, p. 251.

<sup>49</sup> Véase DU MARAIS, Bertrand: «Autorrégulation et co-régulation des réseaux», *Le droit international de l'internet* (dir. Georges Chatillon), Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 295.

<sup>50</sup> Véase BELLEY, Jean-Guy: «Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique», *Droit négocié, Droit imposé?* dir. P. Gérard, F. Osy et M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 556, quien destaca la versatilidad del concepto, detectable en múltiples sectores sociales y económicos.

<sup>51</sup> Véase BELLEY, «Le contrat comme phénomène d'internormativité», *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, dir. Jean-Guy Belley, LDGJ - Institut Canadien de Recherches Avancées Paris, 1996, pp.196-197, quien analiza multitud de ejemplos en torno a la casuística generada por la sociedad Alcan, productora de aluminio en Québec que creó un campo de actuación normativo con sus proveedores y clientes. Destaca el autor la creación de contratos-tipo donde la sociedad se presenta como entidad sometida al derecho general canadiense, que contrastan con contratos menos relevantes donde no se hace referencia al encuadre del derecho estatal. También pone de relieve cómo la sociedad dispuso sus propios reglamentos internos al amparo de la Ley canadiense de sociedades comerciales y generó clausulados propios y contratos normalizados impuestos a sus clientes en aras a la eficiencia de su gestión interna y rentabilidad (pp. 207 y 211).

Entre las cualidades de la autorregulación destaca su capacidad de contribuir a la construcción de sistemas sectoriales, cuando el propio sistema se demuestra apto para generar su regulación sin necesidad de intervención exterior (autoridad) y para adecuarla a nuevas necesidades. Los referentes clásicos de la autorregulación son el contrato y el arbitraje, ya aplique derecho autorregulado o no<sup>52</sup>.

El dato de la concurrencia de elementos normativos conduce al examen de la corregulación. La expresión puede tomarse en dos sentidos: como la implicación de todas las partes interesadas en un proceso normativo (así, la consulta de los distintos sectores sociales implicados previa a la toma de decisión)<sup>53</sup> o en el sentido más concreto de la promoción de este fenómeno por el poder público, que lideraría y se valdría de este instrumento en aras al interés general. Así, la corregulación designaría esta actividad estatal dirigida a encauzar, dirigir y facilitar el consenso, con el recurso diferencial de ser el titular del poder legítimo<sup>54</sup>. Este procedimiento se estima adecuado para garantizar la pluralidad y desarrollar la confianza en el mercado, instrumentalizando la protección de los usuarios y del interés general y corrigiendo las desviaciones que puede provocar la iniciativa unilateral<sup>55</sup>.

La autorregulación designa una multitud de nuevos espacios normativos<sup>56</sup>: las normas alternativas presentan características muy variadas y una nomenclatura absolutamente extraña a las fuentes jurídicas clásicas: principios, políticas de privacidad, códigos de conducta o de buenas prácticas, recomendaciones, estándares técnicos<sup>57</sup>. El derecho deviene un marco adaptable a circunstancias o sectores (de ahí la llamada descentralización de la producción normativa). Coexisten fórmulas flexi-

<sup>52</sup> Véase FRISON-ROCHE, Marie-Anne: «Arbitrage et droit de la regulación», *Droit et économie de la regulación, Les risques de la regulación*, vol. 3, dir. Marie-Anne Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, p. 228.

<sup>53</sup> Véase MARTÍN GALICIA, Félix: «La regulación voluntaria y la defensa del consumidor», *Estudios sobre consumo*, núm. 72, enero 2005, p. 10; ROCHFELD, Judith «Les rapports entr ela regulación et le contrat renouvelés par l'Internet», *Droit et économie de la regulación, Les engagements dans les systèmes de regulation*, vol. 4, dir. Marie-Anne Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, p. 213.

<sup>54</sup> Véase DU MARAIS, Bertrand: «Autorrégulation et co-régulation des réseaux» cit., p. 296. SCHULTZ, habla de autorregulación reglamentada para clasificar la cooperación entre grupos sociales o entre instituciones públicas o privadas y el Estado, la delegación de competencias, el fomento de la participación y las consultas (*Réguler le commerce électronique*, cit., pp. 140-143).

<sup>55</sup> Véase ROCHFELD, Judith «Les rapports entr ela regulación et le contrat renouvelés par l'Internet», cit., p. 214.

<sup>56</sup> La expresión es de MOCKLE, Daniel: «Mondialisation et Etat de droit», *Mondialisation et Etat de droit* (dir. D. Mockle), Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 68-69. El autor pone de relieve que los nuevos fenómenos asociados a la normalización no son exclusivos de Internet y se manifestaron previamente en los campos de la deontología o la publicidad.

<sup>57</sup> Véase TRUDEL, Pierre: *La lex electronica*, <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt3808/Lexelectronica/trudel.pdf>, p. 10; BENYEKHEF: *Une possible histoire de la norme*, pp. 765 y 772; SCHULTZ: *Réguler le commerce électronique*, p. 108.

bles, como las recomendaciones, las FAQs, las normas espontáneas (*netiquette*), que carecen de fuerza coercitiva, con reglas formalizadas, que se proponen estructurar comportamientos y regular la totalidad de una actividad, hasta vincular consecuencias a su inobservancia (códigos de conducta, procesos de normalización profesional)<sup>58</sup>.

La idea de una normatividad técnica es desarrollada por autores que inciden en el carácter no neutro de los estándares técnicos. No se refieren sólo a las normas ISO y al cumplimiento de protocolos o modelos verificables, sino también al sometimiento de determinados ámbitos a las decisiones técnicas<sup>59</sup>. La técnica no es neutra y condiciona el respeto de derechos y principios jurídicos: así, el anonimato en la red depende de las técnicas de gestión de la navegación en línea o el tipo de gestión de *cookies* que se adopte por defecto (así, si se parte de su almacenamiento y se deja al usuario la iniciativa de gestionarlos se incrementa enormemente la trazabilidad de la navegación). La *lex informatica* designa pues el conjunto de limitaciones o imposiciones que la técnica impone a las actividades en línea y en la que sin duda debe intervenir la autoridad pública para corregirlas si conculcan derechos fundamentales o el orden público<sup>60</sup>. En este sentido, BENYEKHELF defiende la necesidad de que los juristas puedan intervenir en la llamada «regulación a través de la arquitectura» para que las opciones técnicas faciliten el ejercicio de los derechos<sup>61</sup>.

Muchos de estos recursos responden a una técnica contractual y proporcionan contenidos contractuales, de forma que devienen reconocibles por el derecho «estático», no como una norma en sentido clásico (es decir, con fuerza vinculante general), pero sí como *lex inter partes*<sup>62</sup>. La autorregulación se manifiesta ampliamente en técnicas de corte contractual (como los contratos tipo) o bien, de forma más elaborada, como normas comportamentales que pueden analizarse también desde el prisma obligacional (como los códigos

<sup>58</sup> Tomamos la clasificación de AMBLARD: *Régulation de l'Internet...* cit., pp. 106 y 109.

<sup>59</sup> Véase TRUDEL, Pierre: *La lex electronica*, cit., que desarrolla el concepto de norma técnica, intrínseca al ciberespacio, que está construido por la técnica misma. También REIDENBERG, Joël R., «La regulación d'Internet par la technique et la Lex informatica», *Droit et économie de la régulation, Les risques de la régulation*, vol. 3, dir. Marie-Anne Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, pp. 81 ss.

<sup>60</sup> Véase REIDENBERG: «La regulación d'Internet par la technique et la Lex informatica» cit. p. 87 y p. 90 donde concluye: «les organisations publiques ont l'obligation vis-à-vis de leurs citoyens, de mettre la Lex informatica au service des valeurs publiques. Il leur faut rechercher la façon dont cette interdépendance entre les choix technologiques et la loi classique peut être gérée afin de protéger les citoyens et pour protéger les valeurs qui sont les valeurs démocratiques» (p. 91).

<sup>61</sup> Véase BENYEKHELF, Karim: «Les systèmes intégrés d'information de justice au Canada et aus Etats-Unis», *L'Administration de justice au service des citoyens* (dir. Georges Chatillon et Bertrand du Marais), Bruylant, Bruxelles, 2003, p. 193.

<sup>62</sup> Véase POULLET, Yves y BERLEUR, Jacques: «Quelles régulations pour l'Internet?», cit., pp. 139-140.

de conducta) o como una norma informativa cuyo sello y régimen se ha aceptado previamente (*labels* de calidad)<sup>63</sup>. Proliferación a la que se añaden pautas asumidas unilateralmente (políticas de la empresa o del sitio web) o bien aclaraciones sobre el significado de términos o procederes (preguntas frecuentes)

La autorregulación a veces encuentra herramientas o vehículos promovidos por organismos internacionales y entidades privadas. La finalidad es facilitar, canalizar o armonizar los tratos para lograr una mayor eficacia. Es el caso de los Principios Unidroit relativos a los contratos de comercio internacional, que se presentan como reglas generales aplicables cuando las partes hayan acordado regirse por las mismas y como elementos de interpretación e integración de instrumentos de leyes uniformes o leyes nacionales, así como modelos para los legisladores<sup>64</sup>. Recientemente, el proceso de armonización del Derecho contractual europeo ha abierto un debate sobre el valor jurídico de los documentos resultantes de los trabajos de los grupos de académicos implicados, impulsado por la Unión Europea<sup>65</sup>. En definitiva, el debate inicial, una vez reconocida la necesidad de solventar los problemas derivados del crecimiento sectorial del derecho de consumo europeo (y las consiguientes duplicidades, lagunas o incoherencias), se centraba en saber cómo se iba a usar el texto de derecho contractual armonizado, que podía valer como un improbable texto europeo vinculante o como un texto posibilista con funciones normalizadoras, un *tool box* o norma de referencia que inspirara a legisladores y prácticos del derecho en una labor lenta de armonización<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> Véase SUPLOT, Alain: «La loi dévorée par la convention?», *Droit négocié, Droit imposé?* (dir. P. Gérard, F. Ost y M. van de Kerchove, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 1996, p. 631.

<sup>64</sup> <http://www.unidroit.org/french/principles/contracts/main.htm>

<sup>65</sup> *Common Frame of Reference Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Online Edition* (prep. Study Group on a European Civil Code y Research Group on EC Private Law -Acquis Group-, ed. Christian VON BAR, Eric CLIVE y Hans SCHULTE-NÖLKE, Sellier european law publishers, Munich, 2008.

<sup>66</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre *Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro* [Bruselas, 11.10.2004 COM(2004) 651 final], pp. 5-6. El documento señala entre las funciones posibles del CFR, su utilidad para los Estados a la hora de transponer las Directivas en materia de Derecho contractual o de inspirar legislación nacional en dicho marco para elaborar, su aplicabilidad en sede arbitral o su capacidad para inspirar cláusulas contractuales tipo voluntarias o para devenir un instrumento facultativo, aplicable voluntariamente o utilizable en vía interpretativa. Para un planteamiento inicial de la cuestión, véase la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: *Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción* [Bruselas, 12.2.2003 COM(2003) 68 final]. Téngase en cuenta asimismo, el *Segundo informe de situación sobre el Marco Común de Referencia*, de la Comisión Europea [Bruselas, 25.7.2007 COM(2007) 447 final], pp. 11-12: «Según la idea inicial, se pretende que el MCR sea una “caja de herramientas” o un manual que la Comisión y el legislador de la UE utilizarán para revisar la legislación en vigor o preparar legislación nueva en el ámbito del Derecho contractual (...). La Comisión considera que el MCR es un mejor instrumento regulador. Entiende que es un ejercicio a más largo plazo,

La amalgama de fuentes reguladoras genera una creciente inter-normatividad, un fenómeno de incorporación o de aceptación por un orden normativo, de reglas surgidas de otros órdenes, arrojando un modelo normativo más complejo que el simple modelo piramidal o jerarquizado<sup>67</sup>. Usamos la expresión aludiendo, de momento, a *cualquier* orden normativo, prescindiendo de su grado de reconocimiento o capacidad de inserción en el orden jurídico producido e impuesto por el poder público.

Los mecanismos de autorregulación suelen incorporar sistemas de aplicación propios que les otorgan coherencia y los completan: atribución de distintivos o labels, sanciones previstas por el propio sistema, favorecimiento de sistemas alternativos de resolución de conflictos, incluso por medios electrónicos<sup>68</sup>. La autorregulación es un terreno propicio para el desarrollo de modos alternativos por medios técnicos alternativos, si tenemos en cuenta que Internet es un ámbito especialmente apto para la implantación de la autorregulación<sup>69</sup>. La expresión *On-line Dispute Resolution* (ODR) se ha normalizado, junto a la *Alternative Dispute Resolution* (ADR), mostrándose adecuada para vehicular las formas de resolución de controversias ajenas a las instituciones judiciales, ya se trate de una negociación asistida, de una mediación o de un arbitraje, cuyas diferencias y modalidades se detallarán más adelante<sup>70</sup>. De hecho, su éxito explica que se asista a un proceso de institucionalización, en una nueva manifestación de internormatividad. La institucionalización puede mejorar la previsibilidad procesal y el respeto de principios procesales básicos, aunque bien es cierto que las concepciones pueden llegar

---

cuyo objeto es garantizar la coherencia y calidad de la legislación de la CE en el ámbito del Derecho contractual. Podría utilizarse para establecer definiciones claras de los términos jurídicos, principios fundamentales y modernas normas coherentes de Derecho contractual al revisar la legislación sectorial en vigor o preparar legislación nueva, si se considera necesario. No tiene por objeto una armonización a gran escala del Derecho privado, ni establecer un Código Civil europeo». Consúltese, respectivamente: [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/com2004\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com2004_es.pdf); [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/com\\_2003\\_68\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/com_2003_68_es.pdf); [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/cont\\_law/COMM\\_PDF\\_COM\\_2007\\_0447\\_F\\_ES\\_ACTE.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/COMM_PDF_COM_2007_0447_F_ES_ACTE.pdf)

<sup>67</sup> Véase BENYEKHEF: *Une possible histoire de la norme*, cit., p. 832.

<sup>68</sup> Véase Poullet: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...» cit., p. 58.

<sup>69</sup> Véase Mockle: «Mondialisation et État de Droit», cit., p. 69 y Trudel, Pierre et Abran, France, Benyekhef, Karim y Hein, Sophie: *Droit du cyberspace*, Université de Montréal & Editions Thémis, Montréal, 1997, capítulo 3, apartado 2.4.2.

<sup>70</sup> De hecho, las aproximaciones realizadas en España exploran claramente la vía del arbitraje electrónico, de su marco legal y de los retos de confidencialidad, privacidad y seguridad que plantea. Véase Paz Lloveras, Eduardo (coordinador): *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, Ministerio de Ciencia y Tecnología; i+confianza, diciembre 2002, pp. 97 ss.

a ser extraordinariamente sistematizadoras, restando agilidad a la flexibilidad del sistema<sup>71</sup>

### 3. MANIFESTACIONES JURÍDICAS DE LA AUTORREGULACIÓN: LOS INSTRUMENTOS DE RECEPCIÓN POR EL SISTEMA

#### 3.1 **Códigos de conducta y *labels*: aproximación conceptual**

La Directiva 2002/59/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales define el código de conducta como aquel «acuerdo o conjunto de normas no impuestas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de un Estado miembro, en el que se define el comportamiento de aquellos comerciantes que se comprometen a cumplir el código en relación con una o más prácticas comerciales o sectores económicos concretos». Esta definición destaca su procedencia o iniciativa privada, su función normativa y el fundamento de su operatividad: el compromiso o voluntad de su destinatario. Quizá no incide específicamente sobre el aspecto de la elaboración voluntaria de la norma, pues el dato básico es la asunción voluntaria de la norma, ya proceda directamente del destinatario, ya de la adhesión a un código. En ambos casos, el código es –y debe ser– susceptible de modificación pues se caracteriza por su capacidad de adaptación y un elevado nivel de detalle de regulación.

El código de conducta tiene un primer objetivo que es regular el comportamiento de los propios actores que se lo adjudican y que son sus destinatarios inmediatos<sup>72</sup>. Pero al ponerse en práctica, no sólo regula el comportamiento de los actores que cooperan a su funcionamiento: adquiere trascendencia externa porque abarca sus relaciones con los terceros, ajenos al código pero que devienen contraparte contractual o son destinatarios de los productos que

---

<sup>71</sup> Téngase en cuenta la complejidad y procedimentalización que implica el actual Sistema Arbitral de Consumo. Sobre los retos del arbitraje y su tendencia a la institucionalización, véase DELMAS-MARTY, Mireille : «Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits», *Réseau Européen Droit et Société*, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/>

<sup>72</sup> Véase una definición de los códigos de conducta en SEFFAR, Karim y BENYEKHLEF, Karim: «Commerce électronique et nomativités alternatives», *Revue de droit & technologie de l'Université d'Ottawa*, 3:2, 2006, p. 374, como «un ensemble de règles élaborées volontairement par les acteurs économiques d'un secteur d'activité particulier dans un sens progressif et révisable lorsque les circonstances l'exigent».

ponen en circulación quienes se sujetan al código<sup>73</sup>. En efecto, el código prevé la totalidad de una actuación, ya se trate de la actividad interna de quienes se sujetan al mismo, ya de sus relaciones con terceros.

Esta globalidad que caracteriza el código de conducta requiere una mínima estructuración. De hecho, la mayoría presenta una sistematización normativa tradicional<sup>74</sup>. Por lo general, especifican su ámbito de competencia o ámbito material al que se aplican (publicidad, proceso total de contratación, tratamiento de la información personal de la clientela) y su ámbito subjetivo (qué personas quedan sujetas, la forma de vincularse a él y la exteriorización de esta circunstancia). Asimismo, deben incorporar unos principios que definan sus objetivos y permitan una interpretación finalista de una determinada situación. El cuerpo principal del código aplicará estos objetivos a los supuestos concretos que los desarrollan. Sólo entrañan una actividad normativa total si prevén procesos de tramitación de quejas, es decir, si dan recursos a quienes crean haber sido tratados de forma contraria al código y permiten a los gestores del código imponer sanciones a los infractores (expulsión, retirada del logo, compromiso de arbitraje)<sup>75</sup>. En el campo de los medios de pago, la perspectiva canadiense ofrece ejemplos que en Europa venían regidos por Recomendaciones y Comunicaciones de la Comisión y, finalmente, por una Directiva. Puede consultarse el *Code de pratique canadien des services de cartes de débit*<sup>76</sup>, que pauta la dinámica vinculada a la contratación, emisión y utilización de tarjetas de crédito (obligaciones de las partes, operaciones con las tarjetas, responsabilidad en caso de pérdida, procedimientos vinculados a operaciones no autorizadas, previsiones para la solución de conflictos e incluso anexos interpretativos). Constituye un ejemplo de previsión suscrito por numerosas asociaciones de entidades de crédito.

La certificación es un procedimiento por el que un tercero asegura que un producto o servicio se adecuan a unos estándares o exigencias preestablecidas, ya se trate de aspectos técnicos o de

<sup>73</sup> Véase POULLET: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...», cit., p. 63.

<sup>74</sup> Véase AMBLARD: *Régulation de l'Internet...* cit., p. 110.

<sup>75</sup> Tal como indican SEFFAR y BENYEKHLEF: «Commerce électronique et normativités alternatives», cit., p. 379: «les acteurs privés sont à l'origine d'une production normative dont le caractère normatif peut paraître affaibli au juriste». No obstante, destacan la adaptabilidad del «doit mou» que constituye el activo de una regla que no podría considerarse como tal en un marco positivista.

<sup>76</sup> [http://www.fcac-acfc.gc.ca/fra/industrie/RefDocs/DebitCardCode/DebitCardCode\\_f.asp](http://www.fcac-acfc.gc.ca/fra/industrie/RefDocs/DebitCardCode/DebitCardCode_f.asp)



normas de comportamiento<sup>77</sup>. Las certificaciones de conformidad de un servicio o de un sitio web a determinados estándares de calidad son una técnica que, en principio, no es exclusiva de la autorregulación, pues también es factible certificar la adecuación a unos requisitos legales y esta declaración también exteriorizaría unas cualidades y cumpliría la función de avalar la bondad del producto, pero también el cumplimiento de un requisito legal. Tal como indica Pouillet, la certificación es una técnica, que puede utilizarse tanto con el derecho estático como con la autorregulación. No obstante, encuentra su función plena en esta última, en la medida que permite una coerción, entendida como una consecuencia fáctica aplicable al infractor, que no proviene del Estado<sup>78</sup>.

La atribución o retirada de la certificación se exterioriza mediante un *label* que representa, así, un supuesto de autoejecución mediante la gestión de la reputación en línea<sup>79</sup>. Los logos que evidencian un control externo sobre la actividad del prestador de servicios, en particular de servicios de la sociedad de la información, y su retirada puede constreñir al infractor<sup>80</sup>. De ahí que el *label* también represente una marca de calidad y de marketing: tal como destaca Rubio Gimeno, el *label* puede analizarse como una marca y su uso debe basarse en el cumplimiento veraz de sus requisitos<sup>81</sup>, elemento imprescindible para generar la confianza que sustenta su valor<sup>82</sup>. Así, los sitios web se distinguirán por sus prácticas de regulación, como una forma más de marketing que acredita la confianza que merece el sitio o bien, que se echa en falta por

---

<sup>77</sup> Las normas de comportamiento rigen en el sector servicios mientras que los estándares técnicos son más propios de los productos: véase TRUDEL, Pierre, ABRAN, France, BENYEKHEF, Karim, y HEIN, Sophie: *Droit du cyberspace*, cit. El acceso a la web de la International Organisation for Standardization (ISO) permite una ejemplificación exhaustiva: <http://www.iso.org/iso/home.htm>.

<sup>78</sup> Véase POULLET, *loc. cit.* p. 59.

<sup>79</sup> Véase SCHULTZ: *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne...*, cit., pp. 353-355, quien pone de relieve la proximidad entre la labelización y otros recursos como la inclusión en listas negras, que lo complementan.

<sup>80</sup> Véase GAUTRAIS, Vincent: «La certification de qualité des sites Internet: un sésame voué à la sécurité du consommateur», *Revue Ubiquité*, n.º 3, noviembre 1999, pp. 91-92, que diferencia entre el logo y el substrato contractual sobre el que se basa la certificación.

<sup>81</sup> RUBIO GIMENO, Gemma: «Autorregulación y marcas de calidad: códigos de conducta en la red», *Newsletter Electrónica 4/2002, Proyecto i+Confianza: Autorregulación y Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos para Plataformas de Comercio Electrónico: Estudio y Promoción del Uso* [http://www.e-global.es/confianza/newsletter02\\_2002.htm](http://www.e-global.es/confianza/newsletter02_2002.htm)

<sup>82</sup> Véase TILMAN: «An Integrated Approach To Improving Online Confidence», cit., p. 5: «In everyday language, a label denotes any distinctive mark of quality of a product or service. This term originally applied in particular to agricultural products. For other products or services we normally speak of a “standard” or “quality certificate”. In the context of the Web, a label bears witness to the compliance of a site, a product or a service with pre-defined quality and safety requirements».

defecto, cuando un sitio carece de los *labels* considerados de confianza<sup>83</sup>.

No todo procedimiento de verificación de calidad representa una certificación. Debe contar con un órgano gestor externo, con requisitos de calidad y legitimidad. Así, cabe diferenciar entre la labelización interna (protocolos de control organizados y gestionados por el propio interesado o externalizados) y la externa o labelización propiamente dicha, que se caracteriza por la intervención de un tercero independiente y unos controles periódicos<sup>84</sup>.

### 3.2 La base voluntaria de la autorregulación

#### 3.2.1 CONTRACTUALIZACIÓN DE LAS CONDUCTAS Y ASUNCIÓN UNILATERAL DE CONTENIDOS

Si es cierto que las normas de autorregulación funcionan cotidianamente de forma autónoma, sin el concurso del poder público (observancia común de una conducta, funcionamiento de recursos internos de corrección), también lo es que los mecanismos de coerción pública pueden resultar convenientes. Aunque la autorregulación o *soft law* aparece desprovista de la imperatividad propia del derecho generado por el poder público, no hay duda de que la producción privada de normas puede articularse sobre técnicas contractuales<sup>85</sup>. Tanto la adhesión del profesional al código, como los tratos y negocios tenidos con cualquier destinatario de su actividad o por quien se convierta en cliente, se prestan a la lectura jurídica.

Cabe analizar la situación desde el prisma de la adhesión y desde el prisma del tráfico del adherente con terceros. La asunción de una norma de autorregulación se produce a través de la adhesión al sistema ofrecido por la autoridad de certificación o gestora del código. Ésta determina a su vez una declaración unilateral del profesional en el sentido de asumir diversos contenidos o compromisos de com-

<sup>83</sup> Véase TRUDEL «L'influence d'internet...» cit., pp. 99-100, quien concluye que la regulación deviene competitiva, como un conjunto de reglas asociadas a un producto o servicio que se adquiere: el contrato se presenta en Internet más como un producto que como el enunciado de un consentimiento.

<sup>84</sup> Véase SEFFAR y BENYEKHLEF: «Commerce électronique et nomativité alternatives», cit., p. 376.

<sup>85</sup> Véase PECH: «Droit & gouvernance: vers une "privatisation" du droit», cit., pp. 130-131: «La gouvernance tendrait à privilégier un droit «mou», dont l'exemple type serait le code de conduite, plutôt qu'un droit «dur» dont l'exemple type serait la loi. Or, en devenant "mou", le droit perd son aspect unilatéral et contraignant, qualités essentielles du droit moderne. avènement d'un droit "non prescriptif", "déclaratoire", est indissociable du passage au droit négocié et, nous ajouterons, du phénomène de production privée des normes».

portamiento en su actuación en el mercado que generan obligaciones<sup>86</sup>. Naturalmente, los contratos que celebre con sus clientes deberán ajustarse al código; pero sus relaciones potenciales, sus pautas de comercialización y los tratos no contractuales que mantengan con la generalidad también se sujetan al mismo. El comerciante abonado al sistema de certificación se presenta bajo un determinado perfil de conducta ante los usuarios, consumidores o destinatarios de productos o servicios<sup>87</sup>. Así, tomando la posición del adherente analizaremos los instrumentos de autorregulación desde la perspectiva del compromiso de adhesión y desde la perspectiva del tráfico minorista, en particular con consumidores.

### 3.2.2 LA ADHESIÓN A UN CÓDIGO DE CONDUCTA O A UN SISTEMA DE CERTIFICACIÓN

La adhesión a un código de conducta entraña, para la empresa, la obligación de respetar la totalidad de sus normas y de actuar según unos parámetros o protocolos descritos (incluso interpretables según los principios que los inspiren: es frecuente que el código cuente con una exposición de motivos). Por lo general el código conllevará también el compromiso de prestarse a la mediación (asumida por la entidad que gestiona el código) y una adhesión al arbitraje para solucionar las controversias con sus clientes, que proviene directamente de la voluntad del adherente<sup>88</sup>. Los códigos suelen incluir la obligación de informar sobre la adhesión al código mediante la exhibición del logo<sup>89</sup>. La muestra del logo, aparte de ser

---

<sup>86</sup> Véase CHEVALLIER, Jacques: «Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques», *Droit et économie de la régulation, Les engagements dans les systèmes de régulation*, vol. 4, dir. Marie-Anne Frison-Roche, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, *loc. cit.*, pp. 206-207.

<sup>87</sup> Véase GAUTRAIS, Vincent, «La certification de qualité des sites Internet: un sésame voué à la sécurité du consommateur», *Revue Ubiquité*, n.º 3, nov. 99, p. 91.

<sup>88</sup> Pone de relieve la generalización de los sistemas alternativos de solución de controversias a través de los códigos de conducta ARIAS POU, María: «Sistemas de autorregulación: Códigos de conducta. Sellos de calidad», *Manual Práctico de Comercio Electrónico, La Ley*, Madrid, 2006, p. 670. Véase la SAP de Madrid 19/2007, de 18 de enero (AC 2007/996), cuyo 4.º FJ, a la vez que considera que la resolución del Jurado implantado por el Código constatando la existencia de una práctica publicitaria prohibida según el mismo no entraña, de por sí, un perjuicio a la reputación de la entidad sancionada, pone de relieve que ésta se había sometido «previa, voluntaria y libremente a este régimen jurídico de control interno».

<sup>89</sup> Véase las condiciones de adhesión al Código Ético de Confianza Online (<http://www.confianzaonline.org/web2009/>): «Las empresas que manifiesten su adhesión a la Agencia de Calidad de Internet, por el solo hecho de su adhesión se comprometen a respetar las normas del “Código Ético de Confianza Online” en el ejercicio de sus actividades de publicidad y/o transacciones contractuales con consumidores realizadas a través de medios electrónicos de comunicación a distancia. Así mismo, las empresas adheridas se someten al sistema extrajudicial de resolución de controversias encarnado en el Jurado de la Publicidad para la resolución de las eventuales reclamaciones presentadas por presunta infracción de las normas de este Código en relación con las actividades publicitarias. Y se someten al

un medio de *marketing* y una obligación convencional derivada del propio código, puede constituir el objeto de una obligación legal de información previa, en las relaciones de consumo a cargo de los profesionales adheridos (cfr. art. 7.1.4 Ley 22/2007, artículos 9.d y 44 de la Propuesta de Directiva sobre protección de derechos de los consumidores) o de una obligación de documentar su existencia, con previsión de las consecuencias jurídicas de ambos incumplimientos (nulidad de los contratos, artículo 9.4 LCDSF). De esta forma, todos los instrumentos que el derecho pone al servicio de la transparencia efectiva y del consentimiento informado del consumidor, alcanzan a los contenidos de los códigos de conducta.

El contrato de adhesión, desde la lógica contractual, genera una obligación de hacer a cargo del adherente (arts. 1088, 1098 y 1099 CC), que puede ser de resultado (sería el caso de la obligación de documentar una determinada operación, de pedir un dictamen vinculante a la propia asociación<sup>90</sup>) o de medios (así, hacer lo posible para detectar y eliminar contenidos ilícitos). Se trata de una obligación exigible por la propia entidad gestora, en la que habrá ingresado el adherente, como cualquier contenido obligacional derivado de un contrato (arts. 1091 y 1258 CC)<sup>91</sup>. En este caso, el contrato ha sido predispuesto por la entidad promotora y la adhesión se verifica de acuerdo con las condiciones establecidas por aquélla y de acuerdo con los requisitos legales de incorporación (arts. 5 y 7 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación)<sup>92</sup>.

arbitraje de la Junta Arbitral Nacional de Consumo para la resolución de las controversias que surjan por presunta infracción de las normas del presente Código relativas a la contratación electrónica con consumidores, y para el caso de que no hubieran podido ser resueltas por la mediación de AECEM. En consecuencia, las empresas que manifiesten su adhesión a este sistema de autorregulación se comprometen a acatar y cumplir escrupulosamente y con carácter inmediato el contenido de los acuerdos de mediación, de las resoluciones que el Jurado de la Publicidad o la Junta Arbitral Nacional de Consumo –según proceda– puedan emitir para la resolución de las reclamaciones que les sean presentadas en relación a este Código. Las empresas adheridas, que se comprometen a promover este sistema de autorregulación, informarán sobre su adhesión al mismo por medios electrónicos de forma permanente, directa y de fácil acceso, para lo cual podrán insertar previa autorización del sistema de autorregulación, en sus páginas web, en lugar visible, el sello de confianza online, a través del que se podrá acceder a la página web de este sistema de autorregulación. La Agencia de Calidad de Internet hará pública una relación de las empresas adheridas.»

<sup>90</sup> Véase la SAN (sala de lo Contencioso-Administrativo), de 16 de junio de 2006 (JUR 2006/246318) que considera lícita la obligación de obtener el dictamen favorable previo sobre la adecuación de determinada publicidad al Código (FJ 7.º), ya que «no aporta mayores o menores ventajas a las que ya produce el sistema de control posterior autorizado por la Resolución del TDC».

<sup>91</sup> Destaca la fuerza de ley entre las partes del pacto de adhesión AMBLARD: *Régulation de l'Internet...*, cit., p. 293.

<sup>92</sup> Naturalmente, no resultan de aplicación las normas de control de contenidos que determinan la nulidad de una cláusula abusiva cuando el contrato se celebra entre un profesional y un consumidor (art. 8.2 LCGC y arts. 82 ss. TRLCU).

La propia entidad promotora queda obligada a administrar y gestionar la utilización del código por los adheridos, mantener su accesibilidad de forma actualizada y evaluar periódicamente la eficacia del código en particular el grado de satisfacción de los consumidores y usuarios y el nivel de adecuación técnico y legal. Asimismo, debe cumplir con sus obligaciones informativas con el órgano administrativo competente (art. 9 RD 1163/2005).

Los códigos que obtengan el distintivo público de confianza en línea deben tener un carácter abierto y prever la posibilidad de adhesión de prestadores de servicios que no sean miembros de la entidad promotora y desarrollen una actividad propia de su ámbito (art. 4.3 RD 1163/2005). Así, se favorece la uniformización de las obligaciones de los prestadores a través del acogimiento voluntario a unas pautas de conducta comunes, poniendo de manifiesto que los códigos adquieren una función autorreguladora expansiva. Nótese que el Real Decreto 1163/2005 se adecua, a su vez, a las pautas tuitivas de las disposiciones de consumo, al prever la necesidad de claridad en los términos de los códigos y el contenido mínimo de los mismos [arts. 4.1 y 2 RD 1163/2005, cfr. art. 80.1.a) TRLCU].

Siguiendo las pautas del Real Decreto 1163/2005, se aprecia cómo deben contener garantías concretas que mejoren o complementen los derechos legales de los usuarios, un compromiso de disponer de un sistema de resolución extrajudicial de conflictos y compromisos específicos en relación con problemas concretos planteados a los consumidores y usuarios de un sector específico (art. 4.2 RD 1163/2005). Además, este contenido mínimo debe predicarse de alguna de las áreas identificadas: las comunicaciones comerciales o la información precontractual, la contratación y los procedimientos de solución de quejas o reclamaciones cuando sean diferentes de las establecidas en el artículo 7 del Real Decreto (arbitraje de consumo o sistemas que figuren en la lista publicada por la Comisión Europea sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos). Existen además una serie de compromisos no obligatorios pero especialmente previstos y potenciados, sin perjuicio de la aplicación de normas imperativas contenidas en la legislación sectorial. Así, los códigos pueden contener previsiones específicas sobre accesibilidad de quienes tengan alguna discapacidad o edad avanzada y las medidas concretas adoptadas en materia de protección de menores y de respeto a la dignidad humana y a los valores y derechos constitucionales. Pueden informar de la adhesión a códigos de conducta sobre clasificación y etiquetaje de contenidos (*labels* adicionales que distingan los productos o servicios ofre-

cidos) o las instrucciones sobre los sistemas de filtraje de contenidos utilizables (art. 5.1 RD 1163/2005)<sup>93</sup>.

### 3.2.3 AUTORREGULACIÓN Y CONTENIDO CONTRACTUAL: ENTRE EL CLAUSULADO Y LA INTEGRACIÓN CONTRACTUAL

Desde el momento en que un proveedor adopta un código de conducta asume la obligación, siguiendo la expresión del artículo 2 Real Decreto 1163/2005, de regular sus relaciones con los consumidores y usuarios según lo que establezca. Se percibe pues que la asunción de un código repercute directamente sobre el contenido contractual y conforma las obligaciones del adherente<sup>94</sup>. Por su forma de redacción o presentación, los códigos de conducta se asemejan a unas condiciones generales de la contratación. No obstante, debe valorarse que pueden acceder al contrato de diversa forma. Si se recogen en el clausulado firmado por el cliente, previa puesta a disposición de estos contenidos como tales condiciones generales (art. 80.1.b.1 TRLCU, art. 27.4 LSSICE y art. 9.1 LCDSF), deberán someterse a los requisitos de inclusión y al análisis de contenidos cuando el contrato se perfecciona con un consumidor, siendo nulo cualquier pacto o cláusula que pudiera calificarse de abusiva (art. 5 LCGC y arts. 80 y 82 TRLCU)<sup>95</sup>. Si el contrato se ajusta un contrato tipo, aprobado por una norma, de los

<sup>93</sup> Con carácter informador, véase el artículo 18.2: «Cuando su contenido pueda afectarles, los códigos de conducta tendrán especialmente en cuenta la protección de los menores y de la dignidad humana, pudiendo elaborarse, en caso necesario, códigos específicos sobre estas materias. Los poderes públicos estimularán, en particular, el establecimiento de criterios comunes acordados por la industria para la clasificación y etiquetado de contenidos y la adhesión de los prestadores a los mismos». Asimismo, el artículo 14 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, que obliga a las Administraciones Públicas a facilitar y apoyar el desarrollo y revisión de normativa técnica para asegurar la no discriminación en procesos, diseños y desarrollos de tecnologías, productos, servicios y bienes, en colaboración con las entidades y organizaciones de normalización y certificación y todos los agentes implicados. Véase el artículo 4.20 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información que añade los apartados tres, cuatro y cinco, a la disposición adicional 5.ª LSSICE. En particular los incumplimientos de las obligaciones de accesibilidad se someten al régimen de infracciones y sanciones vigente en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y somete las páginas de Internet de las empresas que presten servicios al público en general de especial trascendencia económica, a partir del 31 de diciembre de 2008, a la obligación de cumplir, como mínimo, el nivel medio de los criterios de accesibilidad al contenido generalmente reconocidos (art. 2 de la Ley 56/2007), salvo, excepcionalmente, si la funcionalidad o servicio no disponen de solución tecnológica que permita su accesibilidad.

<sup>94</sup> Sin profundizar en el tema, pero recogiendo la obligatoriedad contractual de las reglas dimanantes del código de conducta, véanse las SAP de A Coruña 465/2007, de 15 de octubre, 2.º FD (JUR 2008/33816); SAP de Madrid 143/2007, de 28 de junio 2.º FD (JUR 2008/95640); SAP de Bizkaia 562/2006, de 22 de diciembre, 2.º FD (JUR 2007/98771).

<sup>95</sup> Véase ROCHFELD, Judith «Les rapports entre la regulació et le contrat renouvelés par l'Internet», cit., p. 212.

que conllevan la sumisión a un código, su contenido se entregará junto con el contrato y también se considerará incorporado al mismo<sup>96</sup>.

Pero cuando un código se exhibe sólo a través de un logo o se facilita el acceso al mismo (así, un *link* en una página web), difícilmente puede considerarse un pliego de condiciones incorporado al contrato. Téngase en cuenta que el artículo 27.4 LSSICE obliga a documentar previamente las condiciones generales, que deben aceptarse antes de contratar, y que el artículo 18.3 LSSICE (modificado por la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información) contempla los códigos como una asunción potestativa y sólo obliga a los PSSI a hacerlos accesibles por vía electrónica (y a fomentar su traducción en las distintas lenguas oficiales del Estado y de la Unión Europea con el fin de proporcionarles la mayor difusión posible). Accesibilidad no equivale a documentación previa cuando deba formalizarse por escrito (la accesibilidad de las condiciones en los contratos que no deban formalizarse tiene que sujetarse al art. 5.2 LCGC). La documentación se predica de las condiciones esenciales de la operación, incluidas las condiciones generales de la contratación, aceptadas y firmadas por el consumidor y usuario (art. 63.1 TRLCU), mientras que el código de conducta alude a un conjunto de compromisos de comportamiento o a unas características del producto o servicio que, si no pueden considerarse incorporadas, deberán integrar el contrato (art. 61 TRLCU).

Así, la aproximación al código de conducta no se limita a la técnica contractual. Visto como promesa o declaración unilateral de comportamiento, el código se convierte en fuente voluntaria de obligaciones o en un factor de integración contractual (art. 65 TRLCU y art. 1258 CC) que arroja un contenido exigible (art. 1124 CC), de cuya existencia el proveedor está obligado a informar. Mediante la exteriorización del logo y la accesibilidad, el código de conducta cae en el ámbito de aplicación del artículo 61.2 TRLCU e integra el contenido de la oferta, promoción o publicidad, de los servicios o productos ofertados y conforma las condiciones jurídicas ofrecidas, que son exigibles aunque no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante.

Determinada la capacidad del código de conducta para integrar el contenido de las obligaciones asumidas por el proveedor de productos o servicios en las relaciones de consumo, debe traerse a colación otro dato: el código no impone necesariamente obliga-

---

<sup>96</sup> Véase la SAP de Madrid de 3 de febrero de 1998 (AC 1998/7080), que valora el incumplimiento del código de conducta incorporado al modelo de contrato-tipo aprobado por la Dirección General de Telecomunicaciones.

ciones al proveedor; también puede traer compromisos al consumidor o usuario (comportamiento ético, asunción de determinadas formas de proceder, etc.)<sup>97</sup>. Realmente estos contenidos no pueden considerarse *ofrecidos* por el proveedor (arg. art. 61.1 TRLCU) ni podrían representar, para el usuario, una obligación contractual derivada de un contenido accesible pero no emergente (contratación electrónica) o no documentado (téngase en cuenta el valor tuitivo de la forma en los contratos de consumo). En este sentido, no podrían alterar el contenido contractual (cfr. art. 61.3 TRLCU) ni utilizarse para imponer contenidos abusivos a los consumidores y usuarios, sin perjuicio de que habrá casos en que sus contenidos sean filtrados previamente por el órgano público competente para autorizar el distintivo (cfr. art. 10 RD 1163/2005). La lectura del código deberá hacerse pues desde los criterios del control de contenidos que deriva de su necesaria adecuación a la ley imperativa<sup>98</sup>.

Asimismo, el contenido de los códigos de conducta puede utilizarse como criterio de interpretación del contrato, sobre diversas bases legales. En efecto, entrañan en primer lugar unas pautas éticas y unos principios que deben utilizarse para averiguar la intención de los contratantes (art. 1281.2 CC), el sentido global de las cláusulas (arts. 1284 y 1285 CC) e incluso como uso o forma de actuar ordinaria en un determinado sector y con capacidad para ser utilizada en contextos ajenos a los contratos celebrados entre los proveedores ajenos al código y sus clientes, supliendo la omisión de cláusulas frecuentes (art. 1287 CC).

### 3.3 La modelación de los estándares de diligencia o de seguridad desde el *soft law*

#### 3.3.1 LA CONTRIBUCIÓN DEL *SOFT LAW* A LA *LEX ARTIS*

La autorregulación, en la medida que genera parámetros de buenas prácticas, consideradas globalmente como una forma dili-

---

<sup>97</sup> Destaca POULLET: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...» cit., p. 59, que la autorregulación conlleva un traspaso de la responsabilidad a las partes contractuales, pues el PSSI asume las buenas prácticas pero el usuario asume la responsabilidad de afinar o personalizar sus opciones, por ejemplo, de navegación o de contratación (particularmente visible en el ejercicio de la autodeterminación informativa: opciones de privacidad, gestión de cookies, uso comercial de los datos, anonimato, etc.). Inciden así en la responsabilidad del usuario que asume determinados comportamientos cuando utiliza ciertos sitios, siempre que estos compromisos –que como decimos son predispuestos por la otra parte– resistan un análisis de contenidos desde la perspectiva de la normativa de consumo.

<sup>98</sup> Véase POULLET: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...» cit., p. 63.



gente de actuar, crea *standards* de conducta que pueden utilizarse para calificar cualquier actuación: la comercialización, inherente al proceso de contratación, en el cumplimiento de las obligaciones contractuales o el nivel de seguridad de un producto o servicio. Contribuye a definir la diligencia exigible al comerciante o productor que actúa en el mercado y el nivel de corresponsabilidad que se traslada al usuario. El Cdo. 20 de la Directiva 2002/59/CE, sobre prácticas comerciales desleales, contiene un dato revelador al indicar que «en los sectores en que existan requisitos obligatorios específicos que regulen la conducta de los comerciantes, es oportuno que tales requisitos proporcionen igualmente elementos de juicio sobre la diligencia profesional en dicho sector». No especifica si estos requisitos son legales o voluntarios, aunque lo primero no sería necesario indicarlo. El artículo 6.2.b de la Directiva 2002/59 CE considera como una práctica comercial engañosa el incumplimiento de los compromisos contraídos por la adhesión a un código de conducta, si conduce al consumidor a tomar una decisión que no habría tomado<sup>99</sup>.

Si se considera que las disposiciones del código constituyen reglas deontológicas que contribuyen a perfilar la diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones asumidas por un profesional, superior a la propia del «buen padre de familia» (art. 1104 CC), deberá admitirse que el juez los tome en consideración al valorar los estándares profesionales de diligencia exigibles en el cumplimiento de una obligación<sup>100</sup> o en la realización de conductas dañosas. De este modo, se aprecia un primer nivel de la capacidad de extensión de las prácticas estandarizadas a ámbitos que se sitúan más allá de quienes las asumieron voluntariamente. Lógicamente, dependerá de la apreciación judicial, pero está claro que quienes no hayan adherido un código que pueda considerarse ampliamente implantado en un sector, deberán tener en cuenta su contenido si quieren evitar que su actuación pueda considerarse negligente a la vista de la forma de actuar esperable por un profesional del mismo<sup>101</sup>.

---

<sup>99</sup> Establece: «el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando: i) el compromiso no remita a una aspiración u objetivo sino que sea firme y pueda ser verificado, y ii) el comerciante indique en una práctica comercial que está vinculado por el código».

<sup>100</sup> Véase OSMAN, Filali: «Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995, p. 524; asimismo, POULLET: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet...» cit., p. 63.

<sup>101</sup> Véase PRIEST, Margot: «The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation», *Ottawa Law Review/Revue de droit d'Ottawa*, n.º 29, 1997-1998, párr. 47: «The use of codes by the courts to define a due diligence defense, however, may have the

### 3.3.2 CONTRIBUCIÓN A LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD Y A LA RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Los códigos también integran el cumplimiento de las obligaciones o en la obligación de seguridad aplicable a la fabricación o distribución de productos (art. 11.1 TRLCU; arts. 3.2.2, 3.3 y 4 de la Directiva 2001/95/CE, relativa a la seguridad general de los productos). En particular, el apartado *g*) del artículo 3.3 de la Directiva 2001/95/CE menciona a los códigos de buena conducta en materia de seguridad de los productos entre los criterios para evaluar la conformidad de un producto con la obligación general de seguridad que fija el propio artículo 3.1. El Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, de seguridad general de los productos consagra el valor de los códigos de buenas prácticas y en general, las especificaciones técnicas de carácter no obligatorio para completar las disposiciones legales y contribuir a establecer cuándo un producto es o no es seguro. El artículo 3.3 del Real Decreto 1801/2003, transponiendo la Directiva, apela a la autorregulación para evaluar la seguridad de los productos, a falta de disposiciones legales enumerando: *a*) las normas técnicas nacionales que sean transposición de normas europeas no armonizadas; *b*) las normas UNE; *c*) las recomendaciones de la Comisión Europea que establezcan directrices sobre la evaluación de la seguridad de los productos; *d*) los códigos de buenas prácticas en materia de seguridad de los productos en vigor en un sector, especialmente cuando en su elaboración y aprobación hayan participado los consumidores y la Administración pública, y *e*) el estado actual de los conocimientos y de la técnica de normas europeas no armonizadas. Asimismo, los códigos se presentan como un instrumento apto para cumplir la obligación de productores y distribuidores de informar (cfr. art. 5.1 *in fine* Directiva 2001/95/CE) o de actuar cuando se detecta un producto peligroso (art. 8.2).

De nuevo aparece el reconocimiento legal de los medios de autorregulación de la calidad y la seguridad, aunque sometidos a la aprobación de la Administración, a quien se confiere así una función supervisora<sup>102</sup>. Pero, además, en este contexto aparece clara-

---

effect of extending the contents of a code throughout an industry, even to those firms that do not formally adhere to the code».

<sup>102</sup> La Disposición adicional segunda del Real Decreto 1801/2003 establece los requisitos que deberán cumplir los códigos de buenas prácticas en actuaciones destinadas a garantizar la seguridad general de los productos: «1. Los códigos de buenas prácticas en actuaciones destinadas a garantizar la seguridad general de los productos a los que se refiere este Real Decreto se podrán elaborar por los sectores empresariales correspondientes, las asociaciones de consumidores y los órganos administrativos competentes. 2. A los efectos de este Real Decreto, estos códigos están sometidos a una aprobación final por parte de

mente el alcance extracontractual de los instrumentos de autorregulación. Al menos en el ámbito de las obligaciones derivadas de la producción y distribución de productos no seguros (cfr. art. 12.4 RD 1801/2003) y de la responsabilidad por daños que puede generar (cfr. art. 12.5 RD 1801/2003), cabe afirmar que los códigos y otros medios de normalización y autorregulación exceden del ámbito restringido de los profesionales adheridos para alcanzar a todos los que integren un sector. Permitirán fundamentar una reclamación de indemnización por los daños y perjuicios causados por un producto defectuoso (art. 128.1 TRLCU), entendido como aquel que no ofrece la seguridad que cabría legítimamente esperar, siendo las normas técnicas voluntarias u homologadas unos criterios utilizables para determinar si se han seguido los procedimientos pautados para un sector en la producción o distribución del producto (art. 137.1 TRLCU). Sin duda la observancia de los instrumentos de regulación corroboran *prima facie* que el producto se elaboró según los parámetros de seguridad, elemento que se suma a la carga de la prueba que el artículo 139 TRLCU impone al perjudicado que pretenda obtener la reparación de los daños causados, sobre la existencia del defecto, del daño y de la relación de causalidad entre ambos. No obstante, la inadecuación a estos estándares también proporciona instrumentos al perjudicado para probar la existencia del defecto<sup>103</sup>.

---

los órganos administrativos competentes en la que se valore su utilidad como instrumento al servicio de la seguridad general de los productos. 3. Estos códigos podrán precisar, entre otros aspectos, el alcance del seguimiento por parte de los productores de los productos puestos en el mercado, las actuaciones que deben emprender en caso de sospecha razonable de la existencia de un riesgo, sus pautas de comportamiento, los sistemas de compensación e indemnización a los consumidores, los procedimientos de diálogo y comunicación con las Administraciones Públicas y los medios de notificación a productores y distribuidores. 4. El Instituto Nacional del Consumo propiciará la elaboración y aprobará aquellos códigos de ámbito estatal, previa consulta con la Comisión de Cooperación de Consumo.»

<sup>103</sup> De nuevo PRIEST: «The Privatization of Regulation...» cit., párr. 47: «In most cases, breach of an industry code will not be an offence, although it may be used as evidence of an offence. Similarly, compliance with an industry code cannot generally be used as a defence to liability for an offence. Industry or firm codes of conduct may be used, however, to establish evidence of an adequate due diligence defence to a regulatory offence, or reduce penal sentences in the event of a conviction. Compliance or noncompliance with codes may also be important in determining the normal standards of an industry. For example, it may become increasingly common for a firm to argue that it had exercised due diligence because it has put in place ISO 14000 standards for environmental management. Internal conduct codes may thus be an important part of a firm's internal compliance system, although the actual workings of the internal compliance system will be the ultimate determinant of a successful due diligence defence». Véase el artículo 4:202 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL), que invierte esta dinámica probatoria en el contexto de la responsabilidad de la empresa. Su párrafo primero hace responsable a todo empresario «a no ser que pruebe que ha cumplido con el estándar de conducta exigible». Su párrafo 2 pone de relieve la relación entre el defecto y el incumplimiento de los estándares: «“Defecto” es toda desviación con respecto a los estándares que son razonablemente exigibles a la empresa o a sus productos o servicios». Versión español-

En relación con los servicios, el artículo 147 TRLCU establece la responsabilidad de prestadores por los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, «salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio». La dinámica se hace pivotar directamente sobre el cumplimiento de estándares y se traslada al prestador la carga de demostrar que se ajustó a los mismos. Parece que la persona perjudicada se libere de la necesidad de probar el defecto (cfr. art. 139 TRLCU), pero el artículo 147 TRLCU está proporcionando al prestador una forma de acreditar que su conducta fue correcta, probando la sujeción a los estándares<sup>104</sup>.

### 3.4 Más allá del principio de relatividad: en torno a una eficacia normativa general de la autorregulación

La doctrina ha apuntado la oponibilidad de los códigos de conducta a profesionales integrantes de un sector que no los hayan firmado, en función de su grado de implantación o normalización<sup>105</sup>, sobrepasando así la perspectiva de la relativización contractual e incluso del *standard* profesional.

El principio de relatividad de los contratos excluye a los terceros que no se han adherido al código, para quienes es *res inter alios acta*<sup>106</sup> y tampoco puede considerarse ley con poder vincu-

---

la por Miquel MARTÍN (EUROPEAN GROUP ON TORT LAW: *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*), Springer Wien New York, 2005.

<sup>104</sup> En el contexto de una relación mercantil, véase la SAP de Madrid 148/2005, de 16 de marzo (AC 2005/431) que aprecia la vulneración del código de conducta que regula la distribución de productos de telefonía para determinar la cesación de una conducta considerada de competencia desleal.

<sup>105</sup> Véase PECH: «Droit & gouvernance...», cit., p. 59: «Si la valeur de ces codes reste toutefois relative parce que ceux-ci sont dépourvus de force contraignante, le code de conduite, norme privilégiée du droit de la gouvernance, n'est donc pas condamné à une non-effectivité en raison de son caractère non contraignant. Le juge étatique a ici un rôle extrêmement positif à jouer en limitant les potentialités dangereuses de la privatisation de la production normative».

<sup>106</sup> Véase la SAP de Madrid 400/2004, de 24 de mayo (JUR 2004/227317) que desestima el recurso interpuesto contra una sentencia que declaraba ilícita la actuación de una entidad de autorregulación que había dictado una resolución que afectaba a un tercero no adherido al código de conducta en que basaba su actuación. Establece en su 3.º FD que «el cumplimiento y por ende el sometimiento a las resoluciones emanadas por la asociación a través del Jurado, como órgano decisorio de los referidos conflictos, vincula exclusivamente a los asociados (...). El problema se suscita en cuanto a la posibilidad de emitir resoluciones que afecten a terceros no asociados, que no se hayan sometido a dicho procedimiento o incluso, como en este caso, se hayan opuesto expresamente al mismo, que, naturalmente, tiene que rechazarse por esta Sala». La Sentencia pone de relieve el derecho de todo tercero (considerado como toda persona ajena al Código) de que sea la jurisdicción ordinaria o el sistema arbitral comúnmente elegido quienes se pronuncien sobre sus controversias (arts. 24 y 117 CE). Dejamos de lado el tema conexo relativo al valor de las resoluciones del jurado de la entidad gestora en este caso y, en particular, el

lante general, de forma que no están obligados a sujetar su conducta a sus disposiciones<sup>107</sup>. Hemos puesto de relieve que en determinados ámbitos los códigos representan un *standard* de valoración de conductas de los profesionales de un sector. Chevallier destaca la validez del modelo contractual de regulación al considerar que el contrato crea obligaciones recíprocas, pero también promueve un cuadro formalizado y normalizado de interacción. La acumulación de formas de actuar convergentes generaría un orden colectivo espontáneo, nacido del acuerdo de los actores de un sector de actividad, hasta el punto de desdibujar la diferencia entre acto unilateral y contrato<sup>108</sup>. El código se iría despojando de su perspectiva contractual para protagonizar un fenómeno de objetivización y adquirir el valor de «un instrumento normativo que impone un comportamiento estandarizado» que deja de ser particular de quienes se dotaron de él<sup>109</sup>.

No cabe duda de que la adhesión a un código de conducta representa una asunción unilateral de comportamientos. En este sentido permite superar la relatividad de los contratos y puede afirmarse, siguiendo a Illescas, que las consecuencias jurídicas nacen de la declaración unilateral de voluntad sin necesidad de una aceptación contractual de un cliente, pues los destinatarios de la actuación del profesional son ilimitados, así los destinatarios potenciales de una oferta on-line, y no necesariamente una contraparte contractual, así los destinatarios de comunicaciones comerciales incontestadas<sup>110</sup>.

---

ámbito de sus destinatarios (4.º y 5.º FD). Véase FERNÁNDEZ MAGARZO, María del Rosario: «La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial», cit. p. 80.

<sup>107</sup> Cabe pensar en un tercero destinatario de actividades no contractuales, como todo destinatario de una publicidad que infrinja un código, independientemente de que llegue a contratar con el infractor; o del destinatario de un producto que no cumple estándares de calidad derivados de un código, aunque no lo haya adquirido de quien no lo observó. POULLET se muestra escéptico sobre la aplicabilidad del código a estos terceros que denomina «externos», ajenos a la «lógica contractual» («Les diverses techniques de réglementation d'Internet», cit., p. 63). Del mismo modo, AMBLARD (*Régulation de l'Internet*, cit., pp. 297-298) aprecia una conexión con los terceros, cómplices o víctimas de la inejecución del Código.

<sup>108</sup> Véase CHEVALLIER: «Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques», cit., p. 143.

<sup>109</sup> Véase MALUQUER DE MOTES, Carlos Juan: «Los códigos de conducta como fuente de Derecho», *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003, p. 374. AMBLARD (*Régulation de l'Internet*, cit., p. 263) considera que devienen usos contractuales por su inserción repetida.

<sup>110</sup> Véase ILLESCAS, Rafael: «La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003, p. 305: «La amplia, potencialmente ilimitada, cantidad de las personas para las que normas autorreguladoras y códigos de conductas constituyen fuentes de derecho es, no obstante, la otra gran diferencia que los separa del contrato: no hay relatividad en el código (...). Más bien las nuevas figuras –excluida plenamente la intervención de la ley en su fuerza de obligar– encajan en lo que habitualmente se conoce como declaración unilateral de voluntad en cuanto que fuente de obligaciones privadas».

Visto desde este punto de vista, la autorregulación abandona la perspectiva exclusivamente contractual para añadir a las ofertas al público, la asunción unilateral de comportamientos.

A partir de ahí, cabe plantearse si este orden, autoimpuesto de forma compartida, puede impulsar el paso de la voluntad (compromiso *erga omnes* previa adhesión al código) a la fuente del derecho (contenidos con fuerza general independientemente de una adhesión). Esta nueva perspectiva situaría a los códigos de conducta entre las fuentes del derecho (art. 1.3.2 CC), tal como propone Maluquer de Motes<sup>111</sup>. Los usos, como es sabido, tienen valor interpretativo o normativo. En el primer caso, se desplazan al artículo 3.1 CC como un criterio para interpretar la ley según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Ciertamente, puede dudarse de la persistencia de los usos como fuente del derecho, ya que los rápidos y constantes cambios en los tratos, condicionados por la técnica y la economía, niegan la sedimentación que, se supone, reclama la formación de un uso jurídico<sup>112</sup>. No obstante, está por ver si la consolidación de un uso depende únicamente de un lapso temporal, cuando la duración de las situaciones y de los ciclos es cada vez más breve en nuestra sociedad, o bien de una implantación masiva o globalizada que genere un consenso general sobre las buenas prácticas de un sector<sup>113</sup>. En las sociedades europeas, de corte reglamentista, esta transición parece más difícil pues los códigos se presentan como una buena práctica, que optimiza el marco legal pero penetra a través del mismo. En cambio, la capacidad de penetración de las fórmulas de gobernanza, más allá de su asunción voluntaria, puede ser más rápida en contextos menos normados<sup>114</sup>.

La normalización del mercado, técnica o conductual, desde el momento en que es jurídicamente calificable, encuentra vías de acceso al sistema que permiten aprovechar sus recursos, en par-

<sup>111</sup> Véase MALUQUER DE MOTES: «Los códigos de conducta como fuente de Derecho», cit., p. 372.

<sup>112</sup> En este sentido, ILLESCAS: «La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad», cit., p. 293.

<sup>113</sup> La compartimentación de las fuentes en los ordenamientos de privados no facilita este proceso, más fácil de encajar en el ámbito mercantil (art. 2.1 Cco) que entre las fuentes del derecho civil (art. 1.3.2 CC). Son «dificultades» lógicas si se tiene en cuenta que el fenómeno de la autorregulación es, por su propia naturaleza, ajeno a las categorías jurídicas y se desarrolla en ámbitos sectoriales y transversales. Determinar cuándo unas normas voluntarias alcanzan valor normativo general no es un cometido evidente y pasará por su alegación y la prueba de su aplicación general dentro de un sector más allá del núcleo de personas que las suscribieron. Además debe existir un vacío legal: no sólo una voluntad de no regular, sino una auténtica laguna (si no existe regulación sectorial, podría ser más evidente; si la ley desarrolla una institución la práctica probablemente tendrá valor interpretativo).

<sup>114</sup> Véase AMBLARD: *Régulation de l'Internet*, cit., p. 326.

ricular el coactivo. Naturalmente, nos referimos a los códigos no dictados por el poder público en ejercicio de su competencia legal para actualizar los contenidos contractuales y con categoría normativa. La STSJ Comunidad de Madrid núm. 837/2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 5 julio (RJCA 2007/393) se plantea la naturaleza jurídica del código de conducta para la prestación de servicios telefónicos de valor añadido con tarificación adicional, para pronunciarse sobre una sanción impuesta a una empresa. Reconoce a la Administración la capacidad de intervenir en el «orden cambiante» o la regulación mutable del sector en aras de la calidad y buen orden del servicio de telefonía y afirma el valor normativo del código<sup>115</sup>.

#### 4. AUTORREGULACIÓN Y RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS. EN PARTICULAR, LAS *ON-LINE DISPUTE RESOLUTIONS*

##### 4.1 Autorregulación y medios electrónicos

La autorregulación también tiene una manifestación final en la resolución de las diferencias. Representa el traslado de la idea de negociación y de gestión a la resolución de conflictos<sup>116</sup> y su normalización incluso fuera del control directo de los poderes públicos, especialmente adecuados en la actividad sectorial<sup>117</sup>. En las técnicas alternativas de solución de diferencias aparecen como un elemento de buena regulación que permite la resolución de las consecuencias civiles de las relaciones.

---

<sup>115</sup> El 3.º FD teoriza sobre la vinculación legal del código al contrato: «el hecho de unirse a los contratos y ratificarse en éstos, no es más que el reconocimiento de esa normativa cuando se hacen aquéllos, pero, como es obvio, si, de acuerdo con las normas establecidas se cambian tales Códigos, ello afecta a los contratos sometidos a los Códigos de Conducta del Sector. Esa es la razón de que se publiquen en el *BOE*, para que haya general conocimiento y, a partir de tal publicación, sepan todas las partes lo que se les puede exigir desde la entrada en vigor del nuevo Código de Conducta. No puede admitirse que la parte no conociera el nuevo Código de Conducta, cuando la publicación del mismo se hizo en el *BOE*».

<sup>116</sup> Percibidos más como una diferencia a conciliar que como un conflicto: véase MOREAU DEFARGES: *La gouvernance*, cit., p. 51 quien pone en valor la negociación como técnica de resolución, preferible a la imposición.

<sup>117</sup> Véase TILMAN: «An Integrated Approach To Improving Online Confidence», cit., p. 9: «Out-of-court settlement of disputes is a product of self-regulation, which enables the dispute to be handled outside of state control». Asimismo, FRISON-ROCHE, Marie-Anne «Arbitrage et droit de la regulación», *Droit et économie de la regulación, Les risques de la regulación*, vol. 3, dir. Marie-Anne FRISON-ROCHE, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005, p. 228, que destaca la convergencia entre arbitraje y regulación y afirma que el desarrollo del arbitraje fomenta la cultura del contrato (p. 236).

El acceso a los ODR siempre voluntario, puede realizarse también a través de los Códigos de conducta, reglas secundarias que han quedado más al margen de la institucionalización promovida por los poderes públicos (desde la regulación de «sistemas», como el sistema arbitral de consumo, hasta las homologaciones de códigos, al amparo por ejemplo del RD 1163/2005). Los códigos articulan sus propios sistemas alternativos de solución de conflictos, ya sean de negociación, mediación o arbitraje o bien canalizan el acceso sistemas de resolución externos a sus gestores<sup>118</sup>. El artículo 32 LSSICE diferencia el arbitraje y los procedimientos previstos en los códigos y otros instrumentos de autorregulación<sup>119</sup>. A tenor del código, la competencia para mediar corresponde normalmente a un órgano vinculado con la entidad gestora; también se puede reservar el arbitraje aunque, cuando se trata de una relación de consumo, deberá articular una adhesión al sistema arbitral de consumo u otros tribunales arbitrales específicos (art. 90.1 TRLCU).

Los sectores que comercializan sus productos o servicios online, aprovechan esta misma técnica para facilitar la resolución de conflictos y en definitiva, la ubicuidad del ciberespacio, de forma que de la *Alternative Dispute Resolution* (ADR) se pasa a la *On-line Dispute Resolution* (ODR). La Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo destacaba la utilidad de las aplicaciones electrónicas, en particular para resolver conflictos transfronterizos o sobre cuestiones de escaso valor (Cdos. 6 y 12). Las ODR se convierten en ciberlugares de negociación o de resolución, sometidas a una progresiva sofisticación técnica (del correo electrónico a las plataformas web)<sup>120</sup>. Si bien la utilización de la electrónica en la resolución de conflictos puede suscitar reservas por carecer de la inmediatez que proporciona la presencia física<sup>121</sup>, sus ventajas se

---

<sup>118</sup> Cfr. artículo 10 de la Directiva 2002/59/CE: «La presente Directiva no excluye el control, que los Estados miembros pueden fomentar, de las prácticas comerciales desleales por parte de los responsables de códigos, ni el recurso a tales organismos por parte de las personas u organizaciones a las que se hace referencia en el artículo 11, siempre y cuando el procedimiento ante tales organismos sea adicional al procedimiento administrativo o judicial mencionado en dicho artículo. El recurso a tales órganos de control nunca supondrá la renuncia a las acciones judiciales o administrativas a que se refiere el artículo 11».

<sup>119</sup> Pueden consultarse los sistemas de autorregulación siguientes:  
<http://www.confianzaonline.org/web2009/gestiona-tu-reclamacion/historico/resoluciones-comercio/>

[http://www.fecemd.org/listas\\_robinson.html](http://www.fecemd.org/listas_robinson.html)

<sup>120</sup> Véase SCHULTZ: Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, cit., p. 222.

<sup>121</sup> Véase el detallado balance que realizan BENYEKHLEF, Karim y GÉLINAS, Fabien: «Online Dispute Resolution», *Lex Electronica*, vol.10 núm. 2 (Été/Summer 2005),



añaden a las de los medios de solución alternativa de conflictos en general. Las ODR son un factor que incrementa la confianza de los consumidores en las transacciones electrónicas y contribuye a la consolidación del sistema. Ofrecen la misma rapidez que el comercio electrónico y se adaptan a la distancia y a la deslocalización y la necesidad de abaratar y acelerar los costes de la negociación de las diferencias. Además los sistemas basados en la equidad o la adhesión a un código evitan los problemas derivados de la disparidad de las regulaciones nacionales y la ausencia de una regulación global de internet<sup>122</sup>. Todo ello revierte en un reforzamiento de la posición del consumidor que dispone de vías gratuitas, o de los contratantes en general dado el bajo coste que en cualquier caso representará la vía electrónica<sup>123</sup>.

Como toda aplicación técnica, las ODR demandan unos requisitos: un software que automatice unos modelos de negociación, pauten los pasos del proceso y permita guardar y gestionar todas las evidencias, un soporte técnico on-line permanente gestionado por un PPSI y una red de terceras personas neutrales y expertas dispuestas a materializar las negociaciones<sup>124</sup>. En esta dirección, el ODR se caracteriza por la presencia de una «cuarta parte»: la tecnología, que junto a las partes en conflicto y los mediadores o árbitros, juega un papel necesario para facilitar la comunicación entre las partes disponiendo de medios eficaces y seguros que articulen correctamente las distintas posibilidades de resolución alternativa de conflictos<sup>125</sup>.

---

pp. 8 ss.. Destacan que la presencia física favorece la ritualización del proceso (los procesos «vistos» proporcionan una conexión entre quien imparte, pide y recibe justicia y la colectividad y mayor percepción de orden social) y las oportunidades de conciliación. Valoran también que el proceso on-line requiere un sitio web que plantea cuestiones de acceso y seguridad.

<sup>122</sup> Véase VON HASE, Andrés Moncayo: «Litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage: obstacles juridiques et enjeux», *Le droit international de l'internet*, dir. G. CHATILLON, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 597; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle: «Online Dispute Resolution and its Significance for international Commercial Arbitration», *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Briner* (ed. G. Aksent, K. H. Böckstiegel, M.J. Mustill, P. M. Patocchi, A. M. Whitesell), International Chamber of Commerce, Paris, 2005, p. 453.

<sup>123</sup> Véase FENOULHET, Timothy: «Introduction aux activités de résolution en ligne des litiges de la société de l'information», *Le droit international de l'internet*, dir. G. CHATILLON, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 592. Sobre la relación entre el user empowerment (capacidad de control del usuario) y la self-regulation (recurso de la industria o de una profesión), véase ZHAO, Yun: *Dispute Resolution in Electronic Commerce*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005, p.44.

<sup>124</sup> Véase BENYEKHFLEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., p. 5.

<sup>125</sup> Véase KATSH Ethan y RIFKIN, Jane: *Online Dispute Resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2001, p. 123; RULE, Colin: *Online Dispute Resolution for Business. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance and other Commercial Conflicts*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2002, p. 55.

Así, debe considerarse también la figura del proveedor de servicios de ODR, que debe cumplir las obligaciones propias de un prestador de servicios de la sociedad de la información (art. 10 LSSICE). Debe cumplir con los requisitos de información (identificarse mediante la dirección física y electrónica), explicar el proceso de resolución de conflictos en su conjunto (cual es su finalidad, si es un instrumento de negociación o si termina con un laudo de cumplimiento obligatorio, si existen las dos modalidades) y el significado de sus fases y sus consecuencias (si se van a utilizar herramientas de negociación ciega o guiada, si va a intervenir un mediador), detallar los requisitos de acceso, las condiciones técnicas que fueran necesarias.

También debe cumplir con estándares de seguridad y privacidad que garanticen el funcionamiento del sistema (protocolos SSL, firewall). El acceso debe realizarse al menos a través de passwords, gestionado y protegido por el proveedor del servicio, o bien a través de un sistema de firma electrónica reconocida (art. 3.3 LFE) y la seguridad también debe garantizarse en las comunicaciones internas que se generen a partir de la plataforma. El PSSI trata datos personales y genera ficheros, sometidos a la Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos personales y su Reglamento (RD 1720/2007, de 21 de diciembre). El tratamiento de datos debe adecuarse a los principios legales (proporcionalidad, destinación al fin de resolución de la controversia planteada), deben inscribirse los ficheros en el Registro de la Agencia Española de Protección de Datos Personales y adoptar los protocolos necesarios para cumplir con los niveles de seguridad correspondientes.

#### 4.2 La necesidad de una plataforma: ECODIR

Hemos basado nuestro análisis de las plataformas de ODR en el sistema ECODIR (The Electronic CONsumer DISpute Resolution), proyecto impulsado por la Comisión Europea para mejorar el acceso de los consumidores a la justicia, desarrollando una herramienta de resolución de conflictos de fácil acceso y avanzar en el desarrollo de dichas técnicas on-line<sup>126</sup>.

El uso de plataformas presenta las ventajas de un sistema pre-dispuesto o un diseño que evita trasladar la necesidad de acordar

---

<sup>126</sup> <http://www.ecodir.org/>. El proyecto ECODIR es una joint venture del *Centre de Recherches Informatique et Droit* (CRID) de la Universidad de Namur, el *Centre National de la Recherche Scientifique* (CNRS), el *Centre de Recherche en Droit Public* (CRDP) de la Universidad de Montreal y el *University College* de la Facultad de Derecho de Dublín. Referencias extraídas de BENYEKHEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., p. 100.

aspectos procedimentales (normal en un sistema de autorregulación y que abarcaría las reglas aplicables, la lengua, las formas de contacto, que se automatizan gracias al sistema de entrega on-line etc.), para centrar los esfuerzos en la solución del conflicto propiamente dicho.

Las plataformas están basadas en un sistema de gestión de documentos o conjunto de medios informáticos (equipamiento, software, métodos, procesos) usados para gestionar el ciclo de vida completo de un documento electrónico (texto, imagen, sonido) desde su creación a su destrucción (incluyendo cambios, publicación, distribución, archivo, localización) optimizando el acceso al documento y a la información que contiene<sup>127</sup>. Siguiendo a Benyekhlef y Gélinas, la arquitectura de una ODR se construye sobre tres componentes. Debe tener en cuenta el componente «usuario» (la relación de los usuarios con la plataforma, que debe adaptarse a las necesidades generadas por cada caso, por ejemplo, facilitar reclamaciones individuales o colectivas), un factor «documentación» (debe permitir el envío y gestión de diversos formatos, es decir, una operatividad real y no excluyente) y un componente «proceso» (un sistema de gestión que permite controlar el desarrollo de cada caso, reconstruir el historial, fecharlo, obtener una cronología de los hechos, clasificar las intervenciones de las partes en conflicto).

La plataforma debe ofrecer un entorno seguro: protocolos de autenticación y de encriptación de las comunicaciones y una combinación de recursos para optimizar la seguridad. Hay dos tipos de tecnología que promueven y facilitan la comunicación entre las partes en disputa: las herramientas de comunicación sincrónica y asincrónica. Estas últimas son las más adecuadas al entorno on-line pues se basan en el uso de la plataforma que centraliza toda la negociación: la información no viaja entre las partes y el mediador, minimizando los riesgos y optimizando la gestión. Las partes no se comunican al mismo tiempo: los mensajes enviados no obtienen respuesta inmediata y la plataforma se convierte en el foro de discusión<sup>128</sup>. En cambio, las herramientas sincrónicas permiten la comunicación en tiempo real (así, por videoconferencia) y cuentan con las ventajas del factor humano, aunque no son necesarias<sup>129</sup>.

<sup>127</sup> Seguimos la descripción y observaciones de BENYEKHLEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., pp. 126 ss.. Debemos agradecer, además, la demostración práctica que el Centre de Recherche en Droit Public (CRDP) de la Universidad de Montreal tuvo la amabilidad de ofrecerme.

<sup>128</sup> RULE: *Online Dispute Resolution for Business*, cit., pp. 47-48.

<sup>129</sup> BENYEKHLEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», p. 127.

El proceso debe desarrollarse de acuerdo con la dinámica correspondiente al sistema de resolución escogido y cumpliendo los principios procesales básicos<sup>130</sup>. Debe garantizar el acceso a toda la información y al estado y evolución del proceso, en definitiva una combinación de automatismo y proactividad.

El primer acceso al sistema permitirá crear una cuenta personal con el detalle del nombre, dirección, correo electrónico del consumidor que generará un mensaje automático de confirmación con las instrucciones de activación y la asignación de un *password*. Aceptadas las condiciones de uso de la plataforma, se envía un formulario para describir el conflicto y proponer la solución que, según el consumidor, facilitaría el acuerdo (por ejemplo, devolución del dinero, resolución del contrato, rebaja del precio). El sistema puede facilitar casillas con soluciones estándar para facilitar el proceso, así como un espacio para poder indicar otras opciones (y permitir el cambio de las posiciones). A continuación el usuario debe acreditar los hechos que sostienen su reclamación, lo que técnicamente se traduce en la posibilidad de adjuntar documentos en diferentes formatos: la plataforma no debería ser impeditiva y facilitar todo tipo de *attachment* (rtf, txt, tiff, jpeg, gif), la capacidad de decidir quien puede acceder al documento (sólo el mediador, también el profesional) y de seguir añadiendo los documentos que se crean convenientes y de organizarlos. El sistema debe prever un momento en que el usuario considera totalmente expuesto el tema y lo confirma, momento en que se enviará un correo al comerciante.

El reclamado, a quien se explica las características del sistema de ODR, puede responder; es conveniente fijar un plazo que elimine la incertidumbre para el consumidor, que podrá optar por otras vías de solución de conflictos. Si no responde deberá interpretarse que rechaza negociar. El comerciante puede aceptar la propuesta o formular contrapropuestas y debe poder hacerlo sobre la misma parilla de opciones que haya rellenado el consumidor. Esta posición deberá notificarse al reclamante por correo electrónico, que accederá de nuevo a la plataforma y considerar la respuesta del comerciante, aceptándola o formulando una nueva contraoferta. Esta fase de negociación puede alargarse, pero de no llegarse a un acuerdo, el consumidor puede pedir el nombramiento de un mediador.

---

<sup>130</sup> La Recomendación de la Comisión relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo, enumera los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad y representación. En relación con el Sistema Arbitral de consumo, cfr. artículo 41 RDSAC. Véase, asimismo, MALUQUER DE MOTES, Carlos Juan. «La solución extrajudicial de conflictos: Códigos de conducta y arbitraje electrónico», en *La regulación del comercio electrónico*, cit., p. 124.

En esta fase avanzada, es importante fijar plazos que garanticen una progresión efectiva del procedimiento, pues, el hecho de estar basado en la voluntad podría hacer languidecer el proceso y crear una incertidumbre poco deseable. Transcurrido un plazo razonable, el prestador del servicio deberá proponer un mediador, quien puede requerir más información a las partes y debe proponer una o más soluciones, que las partes pueden aceptar, rechazar o modificar. De nuevo es conveniente el plazo: en el sistema ECODIR, su transcurso permite al mediador proponer una recomendación motivada que las partes pueden aceptar. En este caso, ambas partes deben clicar un icono de acuerdo. El secretariado del prestador del servicio aún mantiene una función de supervisión sobre el cumplimiento del acuerdo e indaga los motivos por los cuales se haya podido demorar. En cualquier caso, el valor del acuerdo es el de una transacción (art. 1809 CC), generador de obligaciones cuyo cumplimiento se puede pedir ante una instancia con competencia para generar una resolución ejecutiva.

### **4.3 Formas de resolución de conflictos en línea: Ombudsman, negociación, mediación y arbitraje**

Diferenciamos cuatro modalidades de ODR: la atención unilateral de la queja (ombudsmen), la negociación, la mediación y el arbitraje, sin perjuicio de las posibilidades de combinación entre ellos<sup>131</sup>.

#### **4.3.1 SERVICIOS DE ATENCIÓN AL CLIENTE Y OMBUDSMEN**

En puridad, los sistemas de atención al cliente y la negociación canalizan tratos directos entre la empresa y el consumidor. La Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo, los dejaba fuera de su ámbito de aplicación, que las concibe como una discusión habitual entre las partes previa al planteamiento del litigio, cuya resolución se encomienda precisamente a un órgano independiente o judicial (Cdo. 9). No obstante, tanto las quejas a través de sistemas de atención al cliente como la negociación asistida, se

---

<sup>131</sup> Naturalmente, es posible (también extraordinariamente complejo) adaptar los procesos judiciales al procedimiento electrónico. Respecto a la cuestión, véase MONTERO, Etienne, y MOUGENOT, Dominique: *Phenix - Les Tribunaux à l'ère électronique*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit, Bruylant, Bruxelles, 2007.

articulan a través de instrumentos técnicos objetivos predispuestos para facilitar la resolución del conflicto. En definitiva, representan superar la subjetividad, al menos con un mecanismo de gestión puesto a disposición de las partes (la manifestación más débil de este mecanismo serían los servicios de atención al cliente, que integrados en la entidad, pero con una separación organizativa que garantice su autonomía y evite los conflictos de intereses). Importa pues la idea de gestión, la existencia de un método de sistematización del conflicto, una racionalización del proceso, aunque no lo organice directamente un tercero<sup>132</sup>.

En España ha conocido un impulso normativo importante en el ámbito de los servicios financieros. La Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero creó los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Bancarios, para la Defensa del Inversor y para la Defensa del asegurado y el Partícipe en Planes de Pensiones y previó los Departamentos de atención al cliente y el Defensor del Cliente<sup>133</sup>. Son vías vinculadas a la empresa que representan el examen del conflicto por la propia entidad y por un tercero ajeno a la misma que como mucho es vinculante para la propia entidad. La ley prioriza las vías de reclamación generales (arbitral o judicial): si hay un procedimiento abierto los SACs, los Defensores o los Comisionados deben abstenerse y sus decisiones o informes finales no impiden la vía arbitral o judicial (art. 7.3 final Orden ECO/734/2004, arts. 5.1.3, 5.2 y art. 10.3 RD 303/2004). El usuario queda libre de iniciar una reclamación judicial, paralizando la reclamación frente al SAC, DC o Comisionado.

El sistema de gestión de reclamaciones vinculado, de forma más o menos cercana, a la empresa permite obtener una rectificación unilateral (SACs), una decisión vinculante para la empresa (defensor del cliente) o derivar la reclamación a los Comisionados respectivos tras haber agotado estas vías frente a la entidad o el defensor (arts. 8.1 y 7.2.d RD 303/2004). La entidad reclamada deberá pronunciarse sobre el informe del Comisionado, momento en que puede variar unilateralmente su criterio. Esta concatenación de vías debe matizarse: el Defensor puede emitir una declaración rectificadora vinculante para la entidad, pero el Comisionado no representa una segunda instancia ni permite obtener directamente

---

<sup>132</sup> Véase MORIN, Jean, y LACHANCE, Martine: *Les modes alternatifs de résolution des litiges*, Wilson & Lafleur, Chambre des notaires du Québec, 2006, p. 3: «La systématisation du mode de résolution du conflit permet de rationaliser la démarche, la rendant de ce fait plus efficace et plus prévisible».

<sup>133</sup> Desarrollados, respectivamente, por el Real Decreto 303/2004, de 20 de febrero, que aprueba el Reglamento de los Comisionados para la defensa del cliente de servicios financieros, y la Orden ECO/734/2004, de 11 de marzo, sobre los departamentos y los servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras.

una reparación, aunque su informe sería un instrumento muy valioso en un procedimiento judicial o arbitral.

Los servicios de atención al cliente son obligatorios («deberán»: art. 29.1 LMRSF, art. 4.1 Orden ECO/734/2004), no así el Defensor del cliente («podrán», art. 29.1 LMRSF y art. 4.2 Orden ECO/734/2004). El servicio de atención al cliente está integrado en la entidad, aunque debe contar con una separación organizativa que garantice su autonomía y evite los conflictos de intereses. En cambio, a través del defensor del cliente, la entidad se dota voluntariamente de un sistema de resolución de conflictos ajeno y acepta someterse a la decisión de un tercero imparcial (art. 7.3 Orden ECO/734/2004). Esta externidad explica que el defensor pueda ser común a un grupo de empresas (cfr arts. 4.1 y 2 y 7.1 Orden ECO/734/2004).

Los SACs o los defensores conocerán de las quejas o reclamaciones. Están obligados a resolver en un plazo máximo de dos meses (arts. 3 y 15), cuyo transcurso sin respuesta permite acudir al defensor o al Comisionado. La finalidad de la reclamación es la restitución de intereses o derechos lesionados por acciones u omisiones que representen un incumplimiento *contractual*, de la *normativa de transparencia y protección* de la clientela o de las *buenas prácticas y de los usos* financieros. El artículo 6.4 del Real Decreto 303/2004 define las buenas prácticas como las que, sin venir impuestas por la normativa contractual o de supervisión, ni constituir un uso financiero, son razonablemente exigibles para la gestión responsable, diligente y respetuosa con la clientela. En cambio, los usos financieros constituyen prácticas efectivas y repetidas de una determinada conducta que se realizan con el convencimiento de respetar una norma de conducta en el tráfico mercantil.

Los Comisionados no tienen funciones ejecutivas (sus informes no son actos administrativos y no son susceptibles de recurso (arts. 5.1 y 12.3 RD 303/2004) ni jurisdiccionales, pues no otorgan derechos a los reclamantes ni indemnizaciones (art. 5.3 Reglamento) ni son vinculantes para la entidad (art. 5.4). Su virtualidad es indirecta para el cliente, pues su informe (motivado, con conclusiones claras sobre todas las cuestiones planteadas y con detalle del tipo de infracción y la norma o el uso vulnerados) se notifica a la entidad, que está obligada a manifestar si lo acepta, rectificando así su actuación (art. 13.1 Reglamento), rectificación que se puede producir en cualquier momento (allanamiento, art. 13.1 final)<sup>134</sup>.

<sup>134</sup> Si el Comisionado aprecia indicios de incumplimiento o vulneración de las normas de transparencia y protección de la clientela, remitirá el expediente a las autoridades de supervisión (arts. 5.4, 13.2 y 15 Reglamento).

## 4.3.2 NEGOCIACIÓN Y MEDIACIÓN

La negociación es la forma más simple de ODR, ya que designa un intercambio de puntos de vista y de propuestas, sin incorporar una tercera persona, a diferencia de la mediación y el arbitraje<sup>135</sup>. Para facilitar el encuentro, las plataformas de negociación incluyen técnicas que facilitan la fijación de puntos de acuerdo. Las herramientas de negociación ciega (*blind binding tools*) a conducen a los litigantes a opciones intermedias que son libres de aceptar y que representan propuestas concretas, no formuladas por el contrario y por ello más objetivas<sup>136</sup>. Permiten fijar una zona de acuerdo: un porcentaje, una cantidad en cuyo campo se podría cerrar un acuerdo y en el que se pueden cruzar ofertas y contraofertas, a través de una tabla dinámica (plataforma ECODIR), pudiendo el sistema limitar el número de ofertas propuestas por las partes en conflicto.

La mediación, modelo también negociado y consensual de gestión de conflictos, se caracteriza por la intervención de un tercero neutral que carece de poder para imponer decisiones pero que ayuda y guía el procedimiento en el cual las partes intentan voluntariamente alcanzar un acuerdo por sí mismas (téngase en cuenta la definición del art. 3.a de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles)<sup>137</sup>. Se trata pues de una negociación asistida e impulsada por el poder público<sup>138</sup>. Descansa siempre sobre la autonomía (las partes pueden retirarse en cualquier momento y aceptar libremente las propuestas de acuerdo) pero también sobre la profesionalidad de quien dirige el proceso. La mediación representa una alternativa al sistema centralizado y formalista basado en la imposición de soluciones, y se caracteriza por funcionar por la delega-

<sup>135</sup> Véase BENYEKHFLEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., p. 44.

<sup>136</sup> KATSH y RIFKIN (*Online Dispute Resolution*, cit., pp. 60-61) destacan cómo en las técnicas de negociación ciega la aplicación informática deviene un tercero neutral capaz de aceptar las ofertas que se le hacen y de no revelar las ofertas a las otras partes: «the machine evaluates each offer to see whether it is within the 30 percent range. If so, the parties are informed that there is a settlement. If not, no information about the offers is revealed to the parties»; véase también KAUFMANN-KOHLER: «Online Dispute Resolution...» cit., p. 338.

<sup>137</sup> Para una aproximación doctrinal, véase BENYEKHFLEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., p. 45 ; SCHULTZ: *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, cit., p. 185. En el ámbito español y en el contexto de los conflictos de consumo, BUSTO LAGO, José Manuel; ÁLVAREZ LATA, Natalia, y PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Reclamaciones de consumo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 337.

<sup>138</sup> Véase RULE: *Online Dispute Resolution for Business*, cit., p. 38. La Ley catalana 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado extiende los ámbitos de actuación de la categoría profesional de «mediador» y constituye el Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña. Se presenta como un instrumento para evitar la judicialización y hacer posible soluciones autogestionadas y eficaces.



ción a profesionales de la negociación. A través de ellos, la mediación permite a los protagonistas del conflicto reapropiarse de su gestión, facilitada por los mediadores cuya función es facilitar la comunicación entre ellos<sup>139</sup>.

El acuerdo inicial de las partes consiste en someter su disputa a un tercero neutral, que usa métodos y técnicas para encauzar a las partes hacia un acuerdo extrajudicial. En cualquier caso, el mediador carece de poder para imponer una decisión. Esta voluntariedad que impregna la totalidad del proceso de mediación explica que el mediador pueda oír a las partes separadamente, contraviniendo los principios judiciales que, en cambio, viciarían de nulidad el arbitraje<sup>140</sup>. El acuerdo propiciado entre las partes tendrá el valor jurídico de un contrato de transacción, obligatorio para las partes pero sin fuerza ejecutiva, a diferencia del laudo arbitral. Aunque el artículo 6.1 de la Directiva 2008/52/CE obliga a los Estados miembros a dar carácter ejecutivo al acuerdo, la expresión designa la capacidad de adquirir carácter ejecutivo en virtud de sentencia, resolución o acto auténtico emanado de un órgano jurisdiccional u otra autoridad competente (art. 6.2): su mero reconocimiento jurídico como transacción voluntaria alcanzada al amparo de la autonomía de la voluntad permite solicitar judicialmente su cumplimiento. La falta de acuerdo mantiene la libertad para acudir a un procedimiento arbitral o judicial, para lo cual son precisos instrumentos técnicos como la interrupción de la prescripción [cfr. art. 121.11.b) y c) del Código Civil de Cataluña, que ordena entre sus causas el inicio de un procedimiento arbitral, la interposición de demanda de formalización de arbitraje o la reclamación extrajudicial de la pretensión].

#### 4.3.3 ARBITRAJE Y FÓRMULAS MIXTAS

Existen algunas técnicas, que se han designado como formas híbridas de arbitraje, que consisten en la combinación de modalidades de ADR<sup>141</sup>. El Med-arb combina la mediación y el arbitraje, fórmula normalizada en la práctica de algunos arbitrajes institucionales como el de consumo. En cualquier caso, las partes pueden acordar someter un conflicto a arbitraje pero intentar previamente la mediación o admitir que durante el procedimiento

<sup>139</sup> BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre: «La médiation: du droit imposé au droit négocié?», *Droit négocié, droit imposé?*, dir. Ph. Gérard, F. Ost y M. Van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint\_louis, Bruxelles, 1996, pp. 419-420.

<sup>140</sup> Véase BENYEKHEF y GÉLINAS: «Online Dispute Resolution», cit., p. 45.

<sup>141</sup> Véase TWEEDDALE, Andrew, y TWEEDDALE, Keren: *Arbitration of commercial disputes. International an english law and practice*, University Press, Oxford, 2005, p. 24.

arbitral se llegue a un acuerdo voluntario. O, a la inversa, pueden decidir que si no se llega a un acuerdo a través de mediación, se pase al arbitraje. No se trata más que de una manifestación de la voluntad concurrente de las partes de priorizar el acuerdo autónomo sobre el arbitraje, cosa que siempre pueden hacer extinguiendo el proceso o condicionando el convenio arbitral a la mediación previa. El artículo 38 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo incorpora la mediación en la dinámica habitual de este arbitraje y su resultado deberá constar en el procedimiento arbitral. El éxito de la mediación suele ser significativo y representa un ahorro de costes de organización pero también un beneficio para las relaciones futuras entre las partes en conflicto y para el funcionamiento de los sectores de actividad. En este sentido, Maluquer de Motes señala que la mediación y también el arbitraje son instrumentos de calidad<sup>142</sup>.

La intervención del tercero o los terceros en el arbitraje se caracteriza por su capacidad de imponer una solución, un laudo con fuerza ejecutiva<sup>143</sup>. La utilización de medios electrónicos era una posibilidad admitida por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje (arts. 5.a, 9.3 y 37.3 LA). Desde la perspectiva principal de este trabajo, centrado en las relaciones y conflictos entre profesionales y consumidores y usuarios, en particular en sus transacciones por medios electrónicos, vamos a detenernos en el arbitraje electrónico previsto en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, anunciado en el artículo 57.2 TRLCU. La calificación de arbitraje de consumo electrónico corresponde únicamente al que se sustancia íntegramente por medios electrónicos, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales (art. 51.1 RDSAC). En este caso, debe mantenerse el mecanismo de comunicación con la Administración y le serán aplicables las normas de procedimiento desarrolladas por la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE), y el propio Real

---

<sup>142</sup> MALUQUER DE MOTES, Carlos Juan: «El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario», *El arbitraje de consumo* (ed. Carles E. Florensa Tomás), Tirant Monografías, Valencia, 2004, pp. 33-34. En relación con los códigos de conducta, del mismo autor: «Los códigos de conducta como fuente de Derecho», *Derecho privado y Constitución*, cit., pp. 368-369.

<sup>143</sup> Se descarta toda gestión de conflictos que carezcan de fuerza ejecutiva; por ejemplo SCHULTZ utiliza la expresión «arbitraje» productora de un laudo, con un valor de simple propuesta, sin fuerza ejecutiva (*Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, cit., p. 187).

Decreto 231/2008. El artículo 51.1.2 RDSAC no ignora que las Juntas o los órganos arbitrales puedan utilizar medios electrónicos para facilitar las comunicaciones o realizar actuaciones arbitrales concretas. Estas comunicaciones no se realizarían en el marco de la plataforma de arbitraje, como servicio de la sociedad de la información (art. 57.2 RDSAC) al que se adscribirá u organizará la Junta competente (arts. 8 y 52 RDSAC). No obstante, el Real Decreto 231/2008 reconoce en numerosos artículos la posibilidad de utilizar técnicas de comunicación electrónica, también, como una forma más de cumplir con las diferentes fases del procedimiento<sup>144</sup>.

#### 4.3.4 EL ARBITRAJE ELECTRÓNICO

El Real Decreto 231/2008 enmarca, más que regula, el arbitraje electrónico de consumo. Remite su sustanciación a una aplicación electrónica, aborda la cuestión de la competencia y del lugar del arbitraje (arts. 53 y 55 RDSAC) y vincula la seguridad de las comunicaciones a la firma electrónica (sin perjuicio de otras técnicas que aseguren la autenticidad de la comunicación y la identidad del remitente)<sup>145</sup>. Por lo que respecta a la tramitación del arbitraje electrónico se contempla específicamente la realización de la prueba (art. 45.4 RDSAC) y la notificación y cómputo de los plazos (art. 54 RDSAC). No obstante, aunque puede ilustrarse con las referencias a los diversos trámites electrónicos que la norma precisa, que la aplicación electrónica también contemplará.

Por lo que respecta al desarrollo del procedimiento arbitral, la utilización de una plataforma facilita todos aquellos trámites cuyo cumplimiento requiere una solución técnica<sup>146</sup>. Así, la digitalización del procedimiento, intrínseca al sometimiento del conflicto al arbitraje electrónico, y la utilización de documentos electrónicos canalizados a través de mensajería interna. De esta forma, es posible realizar un procedimiento desmaterializado, sin presencia física e incluso sin presencia sincrónica a través de videoconferencia, siempre que el contacto a través de la plataforma garantice los principios de contradicción y audiencia y se cierren los términos

---

<sup>144</sup> Así, la celebración del convenio por medios electrónicos (art. 24.1 RDSAC), la formulación o la denuncia de la oferta pública de adhesión al Sistema Arbitral de Consumo (arts. 25.1 y 91.1 RDSAC), la presentación de solicitudes de arbitraje y de firma electrónica de las mismas (arts. 34.1 princ. y 34.1.g RDSAC), la audiencia de las partes (art. 44.1 RDSAC), la presentación de pruebas (art. 45.1 RDSAC).

<sup>145</sup> Al no matizar entre las distintas modalidades de firma electrónica, parece que la referencia a «otras técnicas» alude a recursos futuros.

<sup>146</sup> Véase un análisis de estos aspectos por ZHAO: *Dispute Resolution*, cit., pp. 208 ss.

de la controversia, quedando el tema visto para laudo, cuando ambas partes hayan realizado todas aquellas aportaciones que consideren necesarias para la defensa de su derecho. Otro aspecto que permite resolver la plataforma es la autenticidad, integridad y no repudio de las comunicaciones. Todas ellas incorporarán un sistema de firma electrónica en las comunicaciones entre las partes y el sistema (art. 3 LFE).

El arbitraje electrónico de consumo se beneficia de la doble pauta de la regulación del proceso: la propia del sistema arbitral de consumo y de la regulación de la Administración electrónica. Al amparo de ambas normativas, las plataformas gestionadas por las Administraciones competentes para implantar el arbitraje de consumo deberán prever los aspectos siguientes<sup>147</sup>:

a) La elección del medio electrónico corresponde al ciudadano, que ejerce su derecho a relacionarse con la Administración Pública utilizando medios electrónicos y a elegir el canal que prefiera entre los que se encuentren disponibles en cada momento (art. 6.1, 6.2.a y 27.4 LAE) entre las opciones disponibles<sup>148</sup>. La aplicación debe poner a disposición del consumidor los formularios de solicitudes para presentar la reclamación (art. 34.4 RDSAC), con las consecuencias que prevé el artículo 37 RDSAC en cuanto a la iniciación del procedimiento. Su iniciación debe quedar al alcance del ciudadano mediante el acceso al modelo de reclamación que conlleva la iniciación del arbitraje cuando la empresa está adherida al sistema o el convenio se desprende de una cláusula incorporada al contrato (art. 24.1 y 2 RDSAC) o bien los trámites para saber si lo acepta (art. 24.4 RDSAC).

b) La identificación y autenticación de las comunicaciones (art. 53 RDSAC). Desde la implantación del DNI electrónico, se ha

---

<sup>147</sup> No abordamos una parte fundamental, previa, cual es la normalización del convenio on-line, ya sea *ad hoc*, ya a través de una cláusula contractual de adhesión inserta en los contratos perfeccionados on-line, ya provenga de la respuesta a una oferta pública de sometimiento al arbitraje. Respecto de la formalización del convenio, está clara la equivalencia de la forma escrita con el soporte electrónico firmado electrónicamente (art. 9.3 LA, art. 23.3 LSSICE y art. 3.6 Ley 59/2003, de firma electrónica). Al respecto consúltese GRAMUNT FOMBUENA, M.<sup>a</sup> Dolores: «La projecció de l'autonomia de la voluntat en el conveni arbitral», *Revista Catalana de Dret Privat*, 2005, pp. 83-84.

<sup>148</sup> El artículo 6 LAE no obliga a utilizar los formularios electrónicos, aunque la Administración está obligada a disponer un sistema suficiente para que el ciudadano pueda ejercer el derecho a interactuar electrónicamente. En este sentido no cabría inadmitir una solicitud de mediación o de arbitraje por el hecho de no utilizar los canales telemáticos: véase COTINO HUESO, LORENZO: «Derechos del ciudadano», en E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos (coords.), *La Ley de la Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 154-155. La opción no es vinculante para el ciudadano, que puede regresar a los sistemas no virtuales (arts. 27.1 y 2 y 28.4 LAE). No obstante, el artículo 27.6 LAE sí sienta la obligatoriedad del medio electrónico para las personas jurídicas, entre otros interlocutores.

generalizado el medio para agilizar las transacciones electrónicas pues incorpora la firma electrónica o certificado de autenticación reconocido (art. 16.2 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, y arts. 1.4 y 12 del Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica). Los ciudadanos pueden utilizar la firma electrónica avanzada (art. 15 LAE) y otros sistemas de firma electrónica admitidos por la Administración (combinación de códigos y claves concertadas; art. 16 LAE). La Administración pública deberá admitir los certificados electrónicos reconocidos emitidos por prestadores de servicios de certificación y también incorporará la firma electrónica en su actuación administrativa automatizada. Deberá tener al menos una plataforma de verificación del estado de todos los certificados admitidos por las Administraciones Públicas (art. 21 LAE) y los funcionarios públicos podrán identificar y autenticar a los ciudadanos (art. 22 LAE). Las comunicaciones electrónicas deben dejar constancia de la transmisión y la recepción, de sus fechas, del contenido íntegro y deben identificar al remitente y al destinatario.

c) El registro de las comunicaciones y notificaciones. El Registro electrónico admite la presentación de solicitudes y de documentos electrónicos normalizados correspondientes a servicios y procedimientos (art. 24 LAE). Se registrará por una fecha y hora oficiales (cuyo cómputo establece el artículo 26.1 LAE, previendo los días inhábiles, cfr. art. 26.3 a 5 LAE) y emitirán un recibo automáticamente (copia autenticada del escrito, incluyendo día y hora de presentación y número de registro).

d) La dinámica de las notificaciones. El artículo 28 LAE establece la eficacia de la puesta a disposición de la notificación y las consecuencias de la falta de acceso a la misma (el transcurso de diez días naturales sin acceso se considera rechazo) y del acceso, en cuyo caso se entiende practicada la notificación (art. 28.5 LAE)<sup>149</sup>. La cuestión es relevante a los efectos de la aplicación del artículo 5.a) de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, que prevé la validez de las notificaciones realizadas por medios de comunicación electrónicos que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el intere-

---

<sup>149</sup> Con la salvedad de una imposibilidad técnica o material, cuya interpretación contempla, como mínimo, las circunstancias que puedan afectar al servidor del correo electrónico o al prestador de servicios de certificación: véase REGO BLANCO, M.<sup>a</sup> Dolores: «Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas», en E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos (coords.), *La Ley de la Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, p. 405.

sado. En particular, lo es para resolver los supuestos en que pueda considerarse recibida la notificación cuando, tras una indagación razonable, se considera recibida el día en que se ha entregado o se ha intentado la entrega en su dirección electrónica y dejando constancia de ello.

e) La gestión del expediente electrónico, entendido como el conjunto de documentos electrónicos correspondiente a un proceso administrativo que se archiva (art. 32 LAE). La completa gestión electrónica del procedimiento arbitral requiere prever su iniciación, instrucción y terminación (arts. 35, 36 y 38 LAE). Los documentos administrativos electrónicos (art. 29 ss LAE y art. 46 LRJAP y PAC) incorporarán la firma electrónica y una referencia temporal (son necesarios servicios de certificación electrónica de sellado del tiempo) y se irán incorporando al expediente, quedando accesibles a la secretaría de la Junta arbitral (para su gestión), de los árbitros (para su análisis y emisión del laudo) y de las partes (para formular las alegaciones en defensa de su derecho y ejercer su derecho a conocer el estado de la tramitación del procedimiento). La Administración tiene que estar en disposición de realizar copias electrónicas (art. 30 LAE), dotadas de un certificado que permita verificar la coincidencia con el original, para que el ciudadano pueda acreditar, por ejemplo, que una controversia está sujeta a arbitraje a los efectos de remover cautelarmente el registro de sus datos en un fichero de solvencia patrimonial. El artículo 18.2 RDSAC confiere al secretario del órgano arbitral la función de garantizar la autenticidad e integridad de lo grabado o reproducido, de documentar y formar los expedientes y realizar las notificaciones, entre otros, funciones que la aplicación debe facilitar y agilizar. La plataforma debe permitir aportar las copias digitalizadas de los documentos que acreditan su reclamación. La instrucción del expediente se someterá a los plazos y a las normas de desarrollo que rigen el procedimiento arbitral. Debe garantizarse el derecho del reclamante a participar en el mismo (luego, acceder al estado de tramitación, art. 37 LAE), a presentar alegaciones en cualquier momento anterior a la resolución y la práctica del trámite de audiencia: medios de comunicación *ex* arts. 27 y 28 LAE). La terminación del expediente se produce con la emisión del laudo (art. 38 LAE), que incorporará la firma de los árbitros e identificará el órgano administrativo que lo expide. Su comunicación y la emisión de copias se ajustarán a los estándares de seguridad (firma electrónica).

## BIBLIOGRAFÍA

- AMBLARD, Philippe: *Régulation de l'Internet. L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur & Bruylant, Bruxelles, 2004.
- ARIAS POU, María: «Sistemas de autoregulación. Códigos de conducta. Sellos de calidad», *Manual Práctico de Comercio electrónico*, La Ley, Madrid, 2006.
- ARNAUD, André-Jean: *Critique de la raison juridique*, LGDJ, Paris, 1981.
- BELLEY, Jean-Guy: «Le contrat comme phénomène d'internormativité», *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, dir. Jean-Guy Belley, LGDJ, Paris, 1996.
- «Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique», *Droit négocié, droit imposé?*, dirs. Ph. Gérard, F. Ost y M. Van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint\_louis, Bruxelles, 1996.
- BENYEKHF, Karim: «Les systèmes intégrés d'information de justice au Canada et aus États-Unis», *L'Administration de justice au service des citoyens* (dirs. Georges Chatillon et Bertrand DU MARAIS), Bruylant, Bruxelles, 2003.
- *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Les Éditions Thémis, Montréal, 2008.
- BENYEKHF, Karim, y GÉLINAS, Fabien: «Online Dispute Resolution», *Lex Electronica*, vol. 10 núm. 2 (Été/Summer 2005).
- BERLEUR, Jacques, y EWBANK DE WESPIN, Tanguy: «Gouvernance de l'Internet: réglementation, autorégulation, corégulation?» *Gouvernance de la société de l'information*, dir. J. Berleur, C. Lazaro y R. Queck, Cahiers du CRID, n.º 22, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur & Bruylant, Bruxelles, 2002.
- BERLEUR, Jacques, y POULLET, Yves: «Quelles régulations pour l'Internet», *Gouvernance de la société de l'information*, dir. J. Berleur, C. Lazaro y R. Queck, Cahiers du CRID, n.º 22, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur & Bruylant, Bruxelles, 2002.
- BONAFE-SCHMITT, Jean-Pierre: «La médiation: du droit imposé au droit négocié?», *Droit négocié, droit imposé?*, dirs. Ph. Gérard, F. Ost y M. Van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint\_louis, Bruxelles, 1996.
- BUSTO LAGO, José Manuel; ÁLVAREZ LATA, Natalia, y PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Reclamaciones de consumo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.
- CHEVALLIER, Jacques: «La régulation juridique en question», *Droit et Société* 49-2001.
- «Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques», *Droit et économie de la régulation, Les risques de régulation*, vol. 4, FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005.
- «La gouvernance et le droit», *Mélanges Paul Amssek*, dirs. G. Cohen, Y. Gaudemet, R. Herzog, P. Wachsmann, J. Wahne, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- COIPEL, Michel: «Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale», *Gouvernance de la société de l'information*, dirs. J. Berleur, C. Lazaro y R. Queck, Cahiers du CRID, n.º 22, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix de Namur & Bruylant, Bruxelles, 2002.
- COTINO HUESO, Lorenzo: «Derechos del ciudadano», en E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos (coords.), *La Ley de la Administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

- DELMAS-MARTY, Mireille : «Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits», *Réseau Européen Droit et Société*, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/>
- DU MARIAS, Bertrand: «Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux», *Le droit international de l'internet*, dir. G. Chatillon, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- FELDTMANN, Birgit; VON FREYHOLD, Hanno, y VIAL, Enzo L.: *The Cost of Legal Obstacles to the Disadvantage of Consumers in the Single Market*, Report for the European Commission DG XXIV, Consumer Policy and Consumer Health Protection 1998.
- FELIU REY, Manuel Ignacio: «El Tribunal de Justicia Europeo estrena Código de Conducta», *Derecho de los Negocios*, núm. 213, 2008.
- FENOULHET, Timothy: «Introduction aux activités de résolution en ligne des litiges de la société de l'information dans le cadre européen», *Le droit international de l'internet*, dir. G. Chatillon, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- FERNÁNDEZ MAGARZO, María del Rosario: «La consolidación de la autorregulación publicitaria en España: fomento normativo y reconocimiento jurisprudencial», *Estudios sobre Consumo*, 84, 2008.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne: «Arbitrage et droit de la régulation», *Droit et économie de la régulation, Les risques de régulation*, vol. 3, dir. FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005.
- GAUDIN, Jean-Pierre: *Pourquoi la gouvernance?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2002.
- GAUTRAIS, Vincent: «La certification de qualité des sites Internet: un sésame voué à la sécurité du consommateur», *Revue Ubiquité*, n.º 3, noviembre 1999.
- GRAMUNT FOMBUENA, M.ª Dolores: «La projecció de l'autonomia de la voluntat en el conveni arbitral», *Revista Catalana de Dret Privat*, 2005.
- GREEN, Andrew, y HRAB, Roy: «Self-regulation and the protection of the public interest», *Paper Prepared for the Panel on the Role of Government*, junio 2003, [www.law-lib.utoronto.ca/investing/reports/rp26.pdf](http://www.law-lib.utoronto.ca/investing/reports/rp26.pdf)
- HAMEL, Pierre, y JOUVE, Bernard: *Un modèle québécois? Gouvernance et participation dans la gestion publique*, Les Presses de l'Université de Montréal, Montréal, 2006.
- ILLESCAS, Rafael: «La autorregulación, entre la quiebra de la relatividad y la obligatoriedad de la declaración unilateral de voluntad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 17, enero-diciembre 2003.
- KATSH, Ethan, y RIFKIN, Jane: *Online Dispute Resolution. Resolving conflicts in cyberspace*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2001.
- KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle: «Online Dispute Resolution and its Significance for international Commercial Arbitration», *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honor of Robert Briner* (eds. G. Aksen, K. H. Böckstiegel, M.J. Mustill, P. M. Patocchi, A. M. Whitesell), International Chamber of Commerce, Paris, 2005.
- LEIÑENA MENDIZÁBAL, Elena, e IRÁKULIS ARREGI, Nerea: «La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE», *Aranzadi Civil* núm. 12/2007.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Javier: «Comercio electrónico y acceso de los consumidores a la Justicia», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 571, 2003.
- MACDONALD, Roderick A.: «Les vieilles gardes. Hypothèses sur l'émergence des normes, l'inter-normativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives», *Le droit soluble. Contributions québécoises à l'étude de l'inter-normativité*, dir. Jean-Guy Belley, LGDJ, Paris, 1996.



- MALUQUER DE MOTES, Carlos Juan. «La solución extrajudicial de conflictos: Códigos de conducta y arbitraje electrónico en *La regulación del comercio electrónico* (coord. I. Barral), Dykinson, Madrid, 2003.
- «Los códigos de conducta como fuente de Derecho», *Derecho privado y Constitución*, núm. 17, 2003.
- «El arbitraje de consumo como instrumento de calidad al servicio del consumidor y del empresario», *El arbitraje de consumo* (ed. Carles E. Florensa Tomás), Tirant Monografías, Valencia, 2004.
- MARTÍN GALICIA, Félix: «La regulación voluntaria y la defensa del consumidor», *Estudios sobre consumo*, núm. 72, Enero 2005.
- MOCKLE, Daniel: «Mondialisation et État de Droit», *Mondialisation et État de Droit*, dir. D. Mockle, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- MONTERO, Etienne, y MOUGENOT, Dominique: *Phenix - Les Tribunaux à l'ère électronique*, Cahiers du Centre de Recherche Informatique et Droit, Bruylant, Bruxelles, 2007.
- MOREAU DEFARGES, Philippe: *La gouvernance, Que sais-je?*, PUF, Paris, 2003.
- MORIN, Jean, y LACHANCE, Martine: *Les modes alternatifs de résolution des litiges*, Wilson & Lafleur, Chambre des notaires du Québec, 2006.
- OSMAN, Filali: «Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit», *Revue trimestrielle de droit civil*, 1995.
- OST, François, y VAN DE KERCHOVE, Michel: *Jalons pour une théorie critique du Droit*, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1987.
- *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 2002.
- PAZ LLOVERAS, Eduardo (coordinador): *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, Ministerio de Ciencia y Tecnología, diciembre 2002.
- PECH, Laurent: «Droit & gouvernance: vers une "privatisation" du droit», *Document de travail de la Chaire MCD*, <http://www.chaire-mcd.ca/>, mars 2004.
- POULLET, Yves: «Les diverses techniques de réglementation d'Internet: l'autorégulation et le rôle du droit étatique», *Revue Ubiquité*, n° 5, junio 2000.
- POULLET, Yves, y BERLEUR, Jacques: «Quelles régulations pour l'Internet?», *Gouvernance de la société de l'information. Loi-Autoréglementation-Ethique*, dirs. J. Berleur, C. Lazaro y R. Queck, Bruylant, Facultés Notre-Dame de la Paix de Namur, 2002.
- PRIEST, Margot: «The Privatization of Regulation: Five Models of Self-Regulation», *Ottawa Law Review/Revue de droit d'Ottawa*, n.º 29, 1997-1998.
- REIDENBERG, Joël R.: «La réglementation d'Internet par la technique et la Lex informativa», *Droit et économie de la réglementation, Les risques de réglementation*, vol. 3, dir. Frison-Roche, Marie-Anne, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005.
- REGO BLANCO, M.<sup>a</sup> Dolores: «Registros, comunicaciones y notificaciones electrónicas», en E. Gamero Casado y J. Valero Torrijos (Coords.). *La Ley de la administración Electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor, 2008.
- ROCHFELD, Judith: «Les rapports entre la réglementation et le contrat renouvelés par l'Internet», *Droit et économie de la réglementation, Les risques de réglementation*, vol. 4, dir. Frison-Roche, Marie-Anne, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2005.

- RUBIO GIMENO, Gemma: «Autorregulación y marcas de calidad: códigos de conducta en la red», Newsletter Electrónica 4/2002, *Proyecto i+Confianza: Autoregulación y Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos para Plataformas de Comercio Electrónico: Estudio y Promoción del Uso*. [http://www.e-global.es/confianza/newsletter02\\_2002.htm](http://www.e-global.es/confianza/newsletter02_2002.htm)
- RULE, Colin: *Online Dispute Resolution for Business. B2B, E-Commerce, Consumer, Employment, Insurance and other Commercial Conflicts*, Jossey-Bass, A Wiley Company, San Francisco, 2002.
- SHELLEKENS, M.H.M.: «Les collèges d'arbitrages et le commerce électronique», *Le droit international de l'internet*, dir. G. Chatillon, Bruylant, Bruxelles, 2002.
- SCHULTZ, Thomas: *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005.
- SEFFAR, Karim, y BENYKHLEF, Karim: «Commerce électronique et normativités alternatives», *Revue de droit & technologie de l'Université d'Ottawa*, 3:2, 2006.
- SUPIOT, Alain: «La loi dévorée par la convention?», *Droit négocié, droit imposé?*, dir. Ph. Gérard, F. Ost y M. Van de Kerchove, Facultés Universitaires Saint\_louis, Bruxelles, 1996.
- TILMAN, Vincent: «An Integrated Approach To Improving Online Confidence», *Proceedings of the UNECE Forum on ODR*, 2003, <http://www.odr.info/unece2003>
- TRUDEL, Pierre: *Droit du cyberspace*, Université de Montréal & Editions Thémis, Montréal, 1997.
- *La lex electronica*, en Charles-Albert Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Éditions Bruylant, collection Droit international, Bruxelles, 2001, p. 221-268. <http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt3808/Lexelectronica/trudel.pdf>
- TWEEDDALE, Andrew, y TWEEDDALE, Keren: *Arbitration of commercial disputes. International an english law and practice*, University Press, Oxford, 2005.
- ZHAO, Yun: *Dispute Resolution in Electronic Commerce*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2005.

# La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria

**ISABEL ARANA DE LA FUENTE**

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

## RESUMEN

*La proliferación de cláusulas penales en todo tipo de contratos responde a su utilidad práctica. A menudo, el régimen legal de responsabilidad contractual es por sí solo insuficiente para tutelar con eficacia los intereses del acreedor. De ahí la conveniencia de estipular garantías concretas, entre las que se cuenta la pena convencional. Su funcionalidad es doble: refuerza la obligación principal, mediante la amenaza al deudor de una pena rigurosa en caso de incumplimiento, y, en caso de no lograr ese objetivo primario, permite al acreedor exigir la indemnización prevista sin necesidad de probar la existencia y cuantía del daño. Pese a sus aspectos positivos, la pena convencional plantea la cuestión de conciliar el respeto a los pactos libremente estipulados por los contratantes y la exclusión de penas excesivas, que puedan beneficiar desproporcionadamente a una de las partes a costa de la otra. En pos de ese equilibrio, algunos Códigos civiles conceden a los tribunales la facultad de moderar penas exorbitantes. La figura se contempla asimismo en el artículo 9:509 de los «Principios del Derecho Europeo de Contratos» y en el Libro III, artículo 3:710 de la propuesta de «Marco Común de Referencia». El Código civil español, sin embargo, no reconoce un poder semejante a los jueces, sino que lo limita a una posible modificación de la pena para ajustarla al grado de cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal por el deudor. El presente trabajo estudia esta facultad judicial, su alcance y ejercicio, en relación con la jurisprudencia reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con especial atención a las denominadas penas moratorias. La materia permite reflexionar sobre la facultad concedida a los jueces por el legislador y el riesgo de que, mediante un eventual uso que sobrepase las previsiones legales, aquéllos puedan desvirtuar la regulación de sus intereses establecida por los contratantes. Estas páginas exponen asimismo la regulación de la cláusula penal contenida en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos.*

## PALABRAS CLAVE

*Cláusula penal sustitutiva y cumulativa; Incumplimiento de contrato; Facultad judicial de modificación; Cumplimiento parcial o irregular; Pena convencional desproporcionada; Pena moratoria y su moderación.*

## ABSTRACT

*It is common for the parties to a contract to include a stipulated payment clause which may play a double role. First, it fixes the compensation to be paid to the creditor in the event of non-performance, partial, defective or delayed performance by the debtor («liquidated damages clause»), avoiding the difficulties, delays and expenses involved in proving the amount of the loss suffered. Second, the mentioned stipulation is a way to prompt the debtor to perform proper and voluntarily his contractual obligation when the penalty is heavy (strict «penalty clause»). Nevertheless, it is well known that allowing the parties a complete freedom to fix the sum payable for a debtor who fails to perform his obligation, may lead to excessive penalties. So that, it is necessary to balance two principles: the parties freedom to stipulate the terms of the contract, as well as the rule «pacta sunt servanda», and the reject of those clauses specifying a sum which proves to be grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance. Under several civil law codes, the Principles of the European Contract Law (art. 9:509) and the Draft Common Frame of Reference (III-3:710) the court may reduce the stipulated amount to be paid where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance. However, as per the Spanish civil code, the court may only reduce such amount where the obligation has been performed partly or irregularly. These pages analyse this power of the courts and its exercise in the context of the last twelve years Spanish Supreme Court judgments, paying special attention to those clauses stipulated for the event of delayed performance. The subject matter of this article leads to reflecting on this judicial review, since it should always respect the intention of the parties to deter the breach of contract effects and therefore should not reduce the amount to be paid to the actual loss suffered by the creditor. This article states as well the new penalty clause regime included in the recent Tentative Draft Bill for the Modernization of the Spanish Civil Code on Contracts.*

## KEY WORDS

*Liquidated damages clause and strict penalty clause; Breach of contract; Court's power to review the stipulated sum; Partial or irregular performance; Grossly excessive stipulation; Delayed performance clause and its modification.*

SUMARIO: I. *Consideraciones generales*.—II. *Pena convencional y cláusula penal*: 1. Constitución de la pena convencional. 2. Caracteres y validez de la cláusula penal. 3. Las clases de pena convencional y sus funciones. 4. La aplicación de la cláusula penal: incumplimiento y exigibilidad.—III. *Modificación judicial de la pena convencional*: 1. El artículo 1154 del Código civil. 2. Configuración legal de la facultad judicial de revisión de la pena. 3. Presupuestos de la modificación judicial: el cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal. 4. Incumplimiento total y modificación de penas desproporcionadas. 5. Cláusulas penales abusivas y usurarias.—IV. *La pena moratoria y su moderación*: 1. La pena moratoria como modalidad de pena convencional. 2. La pena moratoria y el artículo 1154 del Código civil. 3. Delimitación del ámbito temporal de aplicación de la pena moratoria. 4. La jurisprudencia reciente: tendencias en el ejercicio de la facultad moderadora.

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

La existencia de la pena privada, como medida sancionadora del incumplimiento de los pactos, parece remontarse a tiempos muy anteriores al Derecho romano<sup>1</sup>. En el seno de este último, Betti<sup>2</sup> afirma que la pena convencional fue originariamente el «precio del rescate», puesto que consistía en la promesa —«*sponsio-stipulatio poenae*»— de pago de una suma pecuniaria, realizada al acreedor por un tercero distinto del deudor, para rescatar a éste de la ejecución sobre su persona en caso de que no cumpliera una obligación. En la época clásica, la «*stipulatio poenae*» se utilizaba como compromiso asumido por el propio deudor bajo dos modalidades. La primera, consistía en la promesa de pagar una suma de dinero, la penal, en caso de no producirse un evento o conducta determinados. La segunda, germen de nuestra actual cláusula penal, incluía dos estipulaciones conectadas entre sí: una, creadora de un vínculo u obligación principal; otra, prevista para el caso de incumplir la obligación principal, consistente en el pago de la pena como sanción a dicho incumplimiento. Esta segunda variante parece que se convirtió en un medio usual para facilitar el resarcimiento de daños contractuales mediante la previa fijación de su importe, sin perjuicio de la posibilidad de las partes de acumular ese resarcimiento y el pago de la pena, salvo en el supuesto de que la «*stipulatio poenae*» se hubiera añadido a un «*pactum*» o contrato de buena fe, en la que no era admisible tal acumulación.

<sup>1</sup> Documentos babilonios y griegos aludían a ella, *vid.*, ZOPPINI, Andrea: *La pena contrattuale*, Milán 1991, p. 24.

<sup>2</sup> BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, II, Padua 1960, p. 140 (*vid.*, L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 2008, p. 458).

El carácter represivo históricamente atribuido a esta figura y su utilización como instrumento para eludir la prohibición de préstamos usurarios<sup>3</sup>, llevaron al Derecho canónico a establecer ciertas reglas tendentes a invalidar cláusulas penales «*in fraudem usurarum appo-sita*». Como consecuencia de estas ideas, la doctrina canonista<sup>4</sup> sólo admitió la validez de penas convencionales que estipularan una valoración anticipada de los daños derivados del incumplimiento y cuyo importe no superara el doble del «*id quod interest*». Sobrepassado dicho límite, la pena podía ser modificada a la baja por los jueces. Producto de este proceso es la transformación de la cláusula penal: reduce sus tintes punitivos y prevalece su carácter resarcitorio, como sistema de fijación previa de la indemnización por daños y perjuicios. A partir de este momento, se hace posible su moderación judicial, no permitida mientras mantuvo su naturaleza punitiva.

Los principios expuestos fueron incorporados posteriormente al Código civil francés<sup>5</sup> y a diversos Códigos civiles europeos. Sin embargo, en el derecho inglés su arraigo fue más intenso, pues condujo al rechazo de la figura denominada «penal bond». Así, la cláusula penal reconocida por el «*common law*» desde el siglo XIII, fue limitada ya en el siglo XVII por las reglas de la «*equity*», que rechazaran las cláusulas penales puras («*penalties*») admitiendo únicamente las encaminadas a establecer una mera valoración anticipada de los daños y perjuicios («*liquidated damages*») sin alcance punitivo<sup>6</sup>.

En los países donde la pena convencional se admite legalmente, ésta ha sido objeto de crítica por algunos sectores doctrinales, que

<sup>3</sup> Aplicada a los clérigos desde el Concilio de Nicea, en el año 325, y extendida a los laicos en 789 por el Sínodo de Aquisgrán.

<sup>4</sup> Considerando que «resarcir» los daños y perjuicios no es usura en la medida en que no suponga añadir nada al capital, configura este resarcimiento mediante la figura del «*interesse*», basada en el concepto romano del *id quod interest*, es decir, el equivalente pecuniario de la prestación no cumplida. En consecuencia, San Raimundo de Peñafort, en la Magna Glosa, considera que la *stipulatio poenae* puede ser lícita si se le otorga el mismo tratamiento que al *interesse*, es decir, si se configura con carácter reparador de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

<sup>5</sup> Como una consecuencia más de la influencia de POTHIER sobre el codificador francés de 1804. Según este autor, «Tratado de las obligaciones», tomo I, V, p. 297, la pena estipulada por las partes puede ser reducida y moderada por el juez cuando le parezca excesiva. Esta regla procedía de una opinión del canonista y civilista DUMOULIN (Tratado *De eo quod interest*), fundada en la idea de que la naturaleza de la pena es suplir los daños y perjuicios, lo que determina que, cuando sea excesiva, habrá de reducirse.

<sup>6</sup> Una regla semejante rige en Estados Unidos, cuyo *Uniform Commercial Code* (párrafo 2-716) dispone:

«Los daños por incumplimiento de cualquiera de las partes pueden ser liquidados mediante acuerdo pero sólo en una suma que sea razonable atendiendo a los daños previstos o reales causados por el incumplimiento, a las dificultades de probar la pérdida y a los inconvenientes o imposibilidad de obtener de otro modo una satisfacción adecuada. La cláusula que establezca una suma indemnizatoria irrazonablemente alta será nula por constituir una penalización».

la han considerado arcaica y poco acorde con un sistema jurídico demasiado evolucionado para acoger este tipo de sanciones. En efecto, la idea de pena privada se integra mal en una dogmática que no concibe que un particular pueda imponer a otro un castigo con eficacia jurídica. Por ello, ha sido tachada de innecesaria en los ordenamientos jurídicos modernos, que regulan un acabado sistema de responsabilidad contractual donde se establecen, además de la responsabilidad universal del deudor, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones convencionales. Recordemos que Ihering, en 1852 y en su obra *El espíritu del Derecho Romano*, pronosticaba una tendencia a la desaparición de las penas, incluidas las privadas, al afirmar: «Las penas decrecen a medida que la idea del derecho va creciendo».

Estas predicciones, con independencia de su vigencia en materia de responsabilidad penal, no se han hecho realidad en el ámbito del Derecho privado contractual. Pese a sus connotaciones históricas, la pena convencional ha sido mantenida por el legislador dentro de distintos sistemas de Derecho privado positivo, en cuyo seno, según De Cupis<sup>7</sup>, «no tiene nada de penal», a pesar de su nombre, sino que opera como un instituto destinado a liquidar anticipadamente el daño<sup>8</sup>.

Es cierto que la pena convencional constituye hoy, fundamentalmente, un mecanismo de modificación pactada del sistema legal de indemnización de daños contractuales<sup>9</sup>. Por medio de ella, si el deudor incumple, el acreedor recibe el *quantum* fijado por las partes, sin necesidad de probar la cuantía del daño efectivamente sufrido. Ahora bien, si las partes lo hubieren pactado, a dicho importe se sumará el resarcimiento de daños ulteriores. Por lo tanto, jurídicamente puede ser considerada también, al menos en el sistema del Código civil español, como una sanción contractual del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso<sup>10</sup>, «de ahí su nombre de pena y de multa convencional»<sup>11</sup>.

La vigencia actual de la cláusula penal se refleja, asimismo, en el hecho de haber sido recogida, aunque sin utilizar tal denomina-

<sup>7</sup> DE CUPIS, A.: *Il danno*, vol. I, Milán, 1979, p. 527.

<sup>8</sup> También MONTÉS PENADÉS, Vicente: *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 2001, p. 170, afirma: «A pesar de su denominación, esta garantía no consiste nunca en una verdadera pena, ni se basa en la idea de sanción o castigo».

<sup>9</sup> En este sentido, *vid.*, LOBATO, Jesús María: *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, 1974, pp. 24-26.

<sup>10</sup> Según RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: Sobre la cláusula penal en el Código civil, en *ADC*, 1993, p. 514, la cláusula penal se caracteriza por ser una regla negocial cuyo objeto es establecer una pena para el caso de no cumplir la obligación, cumpliendo cuanto menos una función preventiva en la medida que se refuerza la pretensión principal amenazando al deudor con un previsible agravamiento de su responsabilidad.

<sup>11</sup> Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 2008, p. 457.

ción, por el artículo 9:509 de los *Principios del Derecho Europeo de Contratos*<sup>12</sup>, bajo el epígrafe «Pago convenido para el caso de incumplimiento», al que más adelante aludiremos. La pena convencional está contemplada igualmente en el artículo 7.4.13 de los Principios UNIDROIT, sobre Contratos Comerciales Internacionales, bajo el epígrafe «Pago estipulado para el incumplimiento»; y, con igual denominación, en el Libro III, artículo 3:710, de la Propuesta de Marco Común de Referencia para el Derecho Contractual Europeo<sup>13</sup>.

Con anterioridad a la publicación de estos textos, el Consejo de Europa, en Resolución de 20 de enero de 1978<sup>14</sup>, considerando indispensable un control judicial sobre las cláusulas penales exorbitantes, así como la conveniencia de unificar criterios en materia de cláusula penal entre los Estados comunitarios, elaboró unos llamados «Principios concernientes a las cláusulas penales»<sup>15</sup>, recomendando a los

<sup>12</sup> Vid. COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: «*Principles of European Contract Law*», Parts I and II, edited by Ole LANDO and Hugh BEALE (Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000); and Part III, edited by Ole LANDO, Eric CLIVE, André PRÜM and Reinhard ZIMMERMANN (Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2003).

Asimismo: DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M.: *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002. Asimismo, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M.: *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002.

Según la reciente doctrina de la Sala 1.<sup>a</sup> del TS (STS de 17-12-2008), «el origen común de las reglas contenidas en el texto de los Principios del Derecho europeo de contratos (PECL) permite utilizarlos como texto interpretativo de las normas vigentes en esta materia en nuestro Código civil»; en igual sentido, las SSTs de 10-10-2005, 4-4-2006, 20-7-2006, 31-10-2006, 22-12-2006 y 20-7-2007.

<sup>13</sup> Vid. «*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference*», preparado por el Study Group on a European Civil Code y el Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Ed. Sellier, 2009.

<sup>14</sup> Que presenta clara similitud con el Convenio del Benelux de 26 de noviembre de 1973, sobre la cláusula penal.

<sup>15</sup> Los Principios contenidos en la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, son:

1.º) Se consideran cláusulas penales todas aquellas en que el deudor se obliga a efectuar un pago en el caso de falta de ejecución de la obligación principal, tanto si dicho pago ha de ser hecho a título de pena como de indemnización.

2.º) El acreedor no puede acumular ejecución de la obligación principal y la suma estipulada, salvo en el caso de retraso en la ejecución. Toda estipulación contraria a esta regla será nula.

3.º) La cláusula penal no impide al acreedor ejercitar la pretensión de cumplimiento en lugar del pago de la suma estipulada.

4.º) La pena convencional sólo será exigible cuando el incumplimiento de la obligación principal sea imputable al deudor, de manera que éste haya incurrido en responsabilidad.

5.º) El acreedor no puede obtener, en lugar o además de la pena estipulada, la indemnización de daños derivada del incumplimiento de la obligación principal.

6.º) La pena estipulada puede ser reducida por el juez cuando resulte manifiestamente excesiva. Esta reducción puede hacerse, cuando la obligación principal haya sido parcialmente cumplida. La pena no puede quedar reducida por debajo de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento.

Sobre esta Resolución, vid. DÍEZ-PICAZO, Luis: «Cláusula penal y resolución de contrato», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Madrid 2006, pp. 385 ss.



gobiernos que los tomaran en consideración para futuras medidas legislativas. Igualmente, el Secretario General de Naciones Unidas emitió un informe el 25 de abril de 1979, a petición de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, que versaba sobre la conveniencia y la viabilidad de unificar las normas que regulan las cláusulas sobre indemnizaciones fijadas convencionalmente y cláusulas penales<sup>16</sup>. El propósito de dicho informe era poner de relieve las ventajas de la utilización de este tipo de cláusulas, enumerar algunas de ellas, resaltar las diferencias de régimen jurídico en los distintos Estados y propugnar la unificación de dichos regímenes formulando determinadas recomendaciones al respecto. Sin embargo, la Convención de Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, o Convenio de Viena, de 1980, no regula la cláusula penal.

En nuestro país, la Comisión General de Codificación, dentro de su Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos<sup>17</sup>, también se ocupa de la cláusula penal, pues prevé la modificación de los preceptos del Código Civil relativos a esta figura (arts. 1152 a 1154 CC, que pasan a ser los arts. 1146 a 1152 de la Propuesta).

Un simple vistazo a la realidad contractual del momento pone, además, de relieve la vitalidad y la capacidad de la pena convencional para adaptarse a las nuevas situaciones. Así, la vemos inserta, bajo diversas modalidades, en infinidad de contratos. La proliferación de la cláusula penal responde a su utilidad práctica en tiempos en los que el incumplimiento de los contratos, o su cumplimiento inexacto, es un fenómeno frecuente. A menudo, la garantía genérica que implica la responsabilidad universal del deudor y, en general, el mecanismo resarcitorio previsto por el Ordenamiento jurídico son por sí solos insuficientes para tutelar eficazmente los intereses del acreedor en caso de incumplimiento. De ahí la conveniencia de estipular garantías concretas, entre las que se cuenta la pena convencional, por la que las partes especifican la suma a pagar en caso de incumplimiento. En este sentido, su funcionalidad es doble. Por un lado, propician el cumplimiento de los contratos, fortificando la obligación principal que vincula a las partes mediante la amenaza al deudor de una indemnización mayor en caso de incumplimiento. El deudor es más proclive a cumplir voluntariamente cuando ello sea más barato que pagar la pena. Por otro lado, y en caso de que no llegara a lograr ese objetivo primario, permiten al acreedor exigir la

<sup>16</sup> Vid. Díez-PICAZO, Luis: «Cláusula penal...», ob. cit., pp. 385 ss.

<sup>17</sup> Vid. COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Sección de Derecho Civil: Propuesta para la Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*; Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.

indemnización prevista sin soportar los gastos y demoras que conlleva la prueba del daño y su valoración, y sin depender de las dosis de aleatoriedad que implica su determinación por los tribunales, ya que, como tiene declarado la jurisprudencia, las cuestiones relativas a la apreciación de la existencia o no de daños y perjuicios contractuales, junto a su cuantificación, son meras cuestiones fácticas de libre apreciación por los tribunales de instancia<sup>18</sup>.

Las ventajas prácticas que la pena convencional presenta no son óbice para que existan voces que advierten de sus peligros y propugnan conciliar, por un lado, el respeto a los pactos libremente asumidos por las partes al contratar y, por otro, ciertas razones de equidad que imponen al juez impedir que, mediante penas excesivas, pueda producirse el beneficio desproporcionado de una parte aprovechando situaciones de necesidad de la otra<sup>19</sup>. Como ejemplo de esto último, se alude a la frecuente inclusión de cláusulas penales mediante condiciones generales en determinados tipos de contrato, como el *leasing*, estipulando a veces prestaciones penales desproporcionadamente favorables al predisponente. Esta cuestión tiene distinta respuesta en los diversos Ordenamientos positivos. Algunos Códigos civiles, como el alemán, austriaco, belga, italiano, portugués o suizo, admiten la reducción judicial, por razones de equidad, de penas excesivamente altas. En igual sentido se pronuncian los Principios del Derecho Europeo de Contratos y el Marco Común de Referencia. El vigente *Code civil* francés no sólo faculta a los tribunales para reducir una pena «excesiva», sino también para aumentar la «irrisoria».

El Código civil español, sin embargo, no concede un poder semejante a los jueces, sino que lo limita a una posible modificación de la pena para ajustarla al grado de cumplimiento parcial o irregular de la obligación por el deudor. Por el contrario, la citada Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos<sup>20</sup> establece (art. 1150) la siguiente regla: «El Juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido».

El propósito del presente trabajo se centra, precisamente, en el estudio de la facultad judicial de moderar la pena pactada así como del ejercicio y configuración de dicha facultad en la jurisprudencia reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, con especial atención a la dictada durante los últimos doce años relativa a la denominada «pena moratoria». No se aborda el estudio de esta figura en su

<sup>18</sup> Entre otras, la STS de 15 de octubre de 2002.

<sup>19</sup> MAZZARESE, Silvio: *Le obbligazioni penali*, Padua, 1990, p. 85.

<sup>20</sup> *Vid. supra*.

conjunto, lo cual sería reiterativo dada la presencia de obras generales y monografías de gran valor a ella dedicadas y a las cuales nos iremos remitiendo. Sin embargo, este trabajo debe tener en cuenta las distintas clases de pena que pueden acordar las partes, el tipo de incumplimiento al que se subordina su operatividad y el grado de incumplimiento del deudor. Por consiguiente, con carácter previo, es preciso dejar constancia de los aspectos más relevantes en cuanto a la vigencia, tipos y efectos de la pena convencional, así como al fundamento y presupuestos de su modificación por los tribunales.

## II. PENA CONVENCIONAL Y CLÁUSULA PENAL

El Código civil regula la pena convencional en sus artículos 1152 a 1155, bajo el epígrafe «De las obligaciones con cláusula penal», que forman parte del bloque de normas relativas a las distintas especies de obligaciones. Pese a la sistemática del Código, la pena convencional debe incluirse entre los medios de protección del acreedor tendentes a asegurar el cumplimiento de la prestación por el deudor<sup>21</sup>. En nuestro Derecho histórico, esta función de garantía aparece ya en Las Partidas, cuya Ley 34, título XI, Partida V, declara: «*Pena ponen los omes a las vegadas en las promisiones que fazen, porque sean mas firmes e mejor guardadas. E esta pena atal, es dicha en latin conventionalis, que quiere tanto decir como pena, que es puesta a plazer de amas las partes*».

Constituye, pues, una medida acordada por los contratantes para asegurar la efectividad de un crédito, en cuanto que su existencia aumenta la posibilidad de cumplimiento y, de no lograrse éste, facilita la exigibilidad de la indemnización por incumplimiento<sup>22</sup>. Desde luego, como garantía de carácter personal, la pena convencional concede al acreedor una facultad subsidiaria contra el propio deudor e impone a éste una obligación accesoría. La pena produce una ampliación objetiva de la deuda, desplazando el régimen indemnizatorio a

<sup>21</sup> En contra, RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., p. 526, quien afirma: «se trata de una cláusula que sirve de refuerzo de la obligación, porque ejerce una presión sobre el deudor que contribuye a disuadirle del incumplimiento, pero no constituye una garantía de la obligación en sentido propio, ni personal ni real, porque no garantiza la pena que el deudor vaya a cumplir, de la misma manera que la propia obligación penal es susceptible de ser garantizada por uno de los medios idóneos en Derecho». En sentido similar, afirma CARRASCO PERERA, Ángel: «La cláusula penal (salvo que esté prestada por un tercero) tampoco incrementa las garantías del cobro del crédito [...] Sin duda que con ello se incrementa el círculo de expectativas del deudor, pero no la seguridad de cobrar su crédito» (vid. Prólogo a la 1.ª edición, CARRASCO, A., CORDERO, E. y MARÍN, M. J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, tomo I, Madrid, 2008, p.59).

<sup>22</sup> Díez-PICAZO, Luis: *Fundamentos...*, vol. II, ob. cit., p. 457.

la esfera del cumplimiento del contrato, pues agrava la posición del deudor y mejora la del acreedor, en comparación con el régimen legal de responsabilidad contractual<sup>23</sup>. La particularidad que ofrece este tipo de garantía es la de no exigir la intervención de terceros, pues su constitución es obra de los propios contratantes<sup>24</sup>.

Esta concepción de la pena convencional, como garantía de la obligación, predomina asimismo en la jurisprudencia. Así, la STS de 31 de octubre de 2006 declara que «la cláusula penal se puede enclavar dentro de las cláusulas accesorias, es decir, de aquellas que se incorporan al negocio constitutivo de la relación obligatoria con la finalidad de dar una mayor garantía al cumplimiento de la misma»<sup>25</sup>.

## 1. CONSTITUCIÓN DE LA PENA CONVENCIONAL

La existencia de una multa o pena convencional, entendida como la prestación que el deudor se compromete a satisfacer al acreedor para el caso de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso o retrasado de la obligación principal<sup>26</sup>, requiere su previa constitución mediante acuerdo de acreedor y deudor. La pena se establece a través de una estipulación de las partes, denominada «cláusula penal»<sup>27</sup>, incorporada al contrato por el que se crea la obligación principal<sup>28</sup>.

Aunque los artículos 1152 a 1155 del Código civil no la definen, la doctrina y la jurisprudencia han elaborado diversas nociones de cláusula penal. Recogiendo la esencia de todas ellas, cabe describirla como la obligación accesoria, que las partes añaden a una

<sup>23</sup> Vid. AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «La garantía patrimonial y sus formas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo de 1972, pp. 560 ss.

<sup>24</sup> Vid. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Madrid, 1948, p. 269.

<sup>25</sup> En el mismo sentido, entre las más recientes, las SSTS de 23 de mayo de 1997, 8 de junio de 1998, 12 de enero de 1999, 20 de marzo de 2002, 7 y 17 de noviembre de 2004, 18 de julio de 2005, 13 de julio de 2006, 25 de enero de 2008. La STS de 8 de junio de 1998 dice: «El artículo 1152 del Código Civil autoriza a insertar en las relaciones obligacionales cláusula penal que actúa para reforzar y garantizar su cumplimiento, al estimular al deudor a llevar a cabo las prestaciones o actividades que asumió contractualmente, generando directamente sus efectos cuando se da el incumplimiento previsto, con un plus más oneroso, viniendo a operar como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios».

<sup>26</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos...*, vol. II, ob. cit., p. 457.

<sup>27</sup> Ver las precisiones terminológicas formuladas por RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: ob. cit., pp. 514 ss.

<sup>28</sup> Limitamos este estudio a la cláusula penal inserta en contratos civiles, no en los administrativos celebrados por la Administración pública con particulares. Los perfiles de la cláusula penal inserta en estos últimos presentan diferencias con los de la cláusula penal para la cual están pensadas las reglas del Código civil. Sobre la jurisprudencia Contencioso-administrativa en materia de cláusula penal, vid. ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982, pp. 281 ss.

obligación principal para garantizar su cumplimiento, consistente por lo regular en el pago de una cantidad de dinero en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación principal. La doctrina del Tribunal Supremo declara, en este sentido (STS de 25 de enero de 2008, FD 2.º)<sup>29</sup>:

«Tratándose pues de una cláusula penal, de ellas se ha dicho por esta Sala, con carácter general, que son accesorias, o sea de aquellas que se incorporan al negocio constitutivo de la relación obligatoria y con la finalidad de dar una mayor garantía al cumplimiento de la misma [...], siendo definidas [...] como promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no sólo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor.»

La cláusula por la que se estipula la pena puede estar incorporada al contrato original o pactarse posteriormente<sup>30</sup>, pero siempre con anterioridad al vencimiento de la obligación principal, es decir, antes del momento en que podría producirse el incumplimiento que se sanciona.

En cuanto a la forma, al ser la cláusula penal parte integrante de un contrato, estará sometida al régimen que a estos efectos rige en materia contractual, es decir, al principio de libertad de forma salvo que la ley o las partes exijan una forma solemne.

Es irrelevante la denominación con que la cláusula figure en el contrato. La jurisprudencia ha señalado que la pena convencional existe no sólo cuando se pacta expresamente con este nombre, sino también cuando se pacta cualquier otra estipulación que lleve al mismo resultado, pues no es necesaria ninguna fórmula especial. Ahora bien, es imprescindible que la estipulación denote claramente su carácter de pena pactada, pues la doctrina jurisprudencial impone una interpretación restrictiva de las cláusulas penales (SSTS de 18 de septiembre de 2008, 22 de abril y 30 de septiembre de 2009, entre las más recientes), en cuanto a su existencia y a su alcance, basada en el carácter sancionador de la cláusula y en la idea de que «*odiosa sunt restringenda*»<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> Vid., entre otras, SSTS de 23 de mayo de 1997, 8 de junio de 1998, 12 de enero de 1999, 20 de marzo de 2002, 7 y 17 de noviembre de 2004, 18 de julio de 2005, 13 de julio de 2006, 13 de julio de 2007 y 25 de enero de 2008.

<sup>30</sup> Así, en el caso resuelto por la STS de 5 de diciembre de 2007, el contrato de obra entre los litigantes no incluía la cláusula penal, que fue pactada un mes después mediante documento adicional.

<sup>31</sup> Algunos autores fundan la necesidad de interpretación restrictiva de la cláusula penal en el principio *favor debitoris*. En este sentido, vid. ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: *Comentario del Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV-2, Madrid, 1983, p. 463.

De este modo, se afirma que sólo cabe admitir la existencia de la pena cuando conste de manera clara y terminante la voluntad de las partes de crearla. El mismo criterio restrictivo se aplica para resolver las dudas sobre su alcance y contenido<sup>32</sup>. A tenor de la STS de 28 de septiembre de 2006 (FD 2.º):

«[...] cláusula penal que, según doctrina reiterada de esta Sala, constituye una obligación accesorio, generalmente pecuniaria y a cargo del deudor, que sanciona el incumplimiento o el cumplimiento irregular de la obligación a la vez que valora anticipadamente los perjuicios, lo cual obliga a su *interpretación restrictiva* [...]»

El contenido de la cláusula penal, es decir, la prestación accesorio que el deudor asume para el caso de no cumplir la obligación principal, suele ser de carácter pecuniario. Por lo regular, consiste bien en el pago por el deudor de una suma de dinero al acreedor, o bien en la retención por el acreedor de una cantidad que ya obra en su poder, por ejemplo, la parte del precio ya recibido (o una cuota de ésta), como suele establecerse en los contratos de venta a plazos o en el *leasing* financiero<sup>33</sup>. La ley no prohíbe que la pena consista en la entrega de una cosa determinada, pero la posibilidad de moderación judicial, prevista en el artículo 1154 CC, plantearía problemas en tal supuesto.

## 2. CARACTERES Y VALIDEZ DE LA CLÁUSULA PENAL

### 2.1 Caracteres

La pena convencional se caracteriza por ser:

a) Una garantía personal, pues concede al acreedor una facultad subsidiaria contra el propio deudor. A diferencia de otras garantías personales (fianza, aval), el garante no es un tercero, sino el propio deudor; además, puede facultar al acreedor para recibir no sólo el valor del crédito insatisfecho (como la fianza, prenda,

---

<sup>32</sup> Esta doctrina se mantiene desde antiguas sentencias, como las SSTS de 13 de junio de 1906, 19 de junio de 1941, 3 de marzo de 1956, hasta las más recientes, SSTS de 30 de junio de 2000, 10 de mayo de 2001, 30 de abril y 8 de octubre de 2002, 18 de julio de 2005, 20 de diciembre de 2006, 5 de diciembre de 2007 y 18 de septiembre de 2008. En concreto, la STS de 3 de febrero de 1998 no aplica la cláusula penal alegada por el recurrente porque: «[...] en primer lugar, no es tan clara y taxativa la cláusula penal que expone la parte recurrente; [...]»

<sup>33</sup> Vid. UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Madrid, 2003.

hipoteca...), sino algo más, ya que el monto de la pena convencional puede exceder de la cuantía a que asciendan los daños y perjuicios efectivamente derivados del incumplimiento.

b) Una obligación accesoria, añadida a una obligación principal para reforzarla<sup>34</sup>. La prestación penal sólo será válida en tanto exista y sea válida la obligación principal garantizada. En este sentido, el artículo 1155 CC dispone que «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. Sin embargo, la nulidad de la obligación principal sí hace nula la cláusula penal». La causa de la prestación penal se encuentra, pues, en la existencia de una obligación válida, nacida antes o al mismo tiempo, respecto de la cual aquélla actúa como garantía de cumplimiento. Faltando dicha causa, la obligación penal es nula.

La anteriormente mencionada Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, obra de la Comisión General de Codificación, conserva esta regla y establece (art. 1151) que: «La nulidad de la cláusula de fijación de indemnización o de pena no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula».

c) Una obligación subsidiaria, sólo exigible en el caso de falta de cumplimiento voluntario de la obligación garantizada. Así pues, y salvo pacto expreso en contrario, incumplida la obligación, no puede reclamarse conjuntamente la pena y el cumplimiento específico de la obligación principal. Esta nota de subsidiariedad está sancionada en los artículos 1152 y 1153 CC, al impedir que el acreedor exija conjuntamente al deudor el cumplimiento de la obligación y la pena, o la indemnización legal y la pena, con excepción, en ambos supuestos, de que las partes expresamente hayan acordado tal acumulación<sup>35</sup>. Ahora bien, el hecho de que la aplicación de la pena dependa de la falta de cumplimiento exacto de la obligación principal, no significa, en el Derecho moderno, que la obligación penal sea una obligación condicional cuya eficacia dependa de un suceso futuro e incierto. La falta de cumplimiento

---

<sup>34</sup> Existe, sin embargo, alguna resolución que, excepcionalmente, la califica de obligación primordial, y no accesoria, como la STS de 28 de enero de 1992. Ahora bien, este pronunciamiento no puede generalizarse, ya que, como declaró posteriormente la STS de 17 de febrero de 1997, «tal sentencia recayó en el estudio de un contrato concreto, en el que atendiendo a la literalidad de los términos de su redacción se desprendía que la cláusula de penalizar vino a constituir, efectivamente, la obligación primordial y fundamental convenida...».

<sup>35</sup> ESPÍN CÁNOVAS, D. E.: «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *Revista de Derecho Privado*, 1946, p. 154.

no constituye una condición en sentido técnico-jurídico, sino una «*conditio iuris*» de la exigibilidad de la pena<sup>36</sup>.

## 2.2 La validez de la cláusula penal

Se requiere, en primer término, la existencia de una obligación principal válida, pues, conforme al artículo 1155 CC, la nulidad de la obligación principal hace nula la obligación penal. Además, es preciso que la pena estipulada, en sí misma considerada, sea válida y continúe estando vigente llegado el momento de su aplicación.

En cuanto a su propia validez inicial, la cláusula penal está sometida a los límites genéricos impuestos, a la autonomía de la voluntad y a la libertad de pactos, por el artículo 1255 CC. Además, deberá ajustarse a las normas generales que establecen los requisitos esenciales para la validez de los contratos, en especial, las relativas a la causa (cfr. arts. 1261 a 1277 CC). También habrán de aplicarse, en su caso, las normas específicas que regulen el contrato concreto en el que la cláusula penal se inserta<sup>37</sup>.

Puede suceder que, pese a su validez inicial, en el momento en que se produce el incumplimiento de la prestación principal la cláusula haya dejado de estar en vigor, como en el caso de derogación de la misma por acuerdo expreso o tácito de las partes<sup>38</sup>. Además, frente a la exigencia de la pena por el acreedor, el deudor puede oponer las mismas excepciones perentorias que sean procedentes contra la obligación principal, como, por ejemplo, la prescripción.

El principio de accesoriedad de la prestación penal determina que, a tenor del artículo 1155 CC, la nulidad de la cláusula penal no lleve consigo la de la obligación principal. De este modo, el contrato al que se haya incorporado una cláusula penal nula subsistirá sin dicha cláusula<sup>39</sup>. Las partes no pueden pactar una pena para el caso de ser legalmente ineficaz determinada obligación, pues ello equivaldría a cometer un fraude de ley ya que privaría de eficacia a la disposición legal que determina la nulidad de la obligación<sup>40</sup>.

En cuanto al contenido de la cláusula penal, la jurisprudencia reitera que el importe de la pena puede ser libremente fijado por las

<sup>36</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, cit., p. 466

<sup>37</sup> Vid. RODRÍGUEZ-TAPIA, ob. cit., pp. 556 y ss.

<sup>38</sup> Por ejemplo, mediante la novación objetiva del contrato que determine el no mantenimiento de la cláusula penal.

<sup>39</sup> Sobre «nulidad parcial», vid. RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., pp. 559-560.

<sup>40</sup> Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 162.



partes. En este sentido, la STS de 19 de febrero de 1985 declara que:

«La cuantía mayor o menor de la *stipulatio poenae* es de todo punto ajena al problema de la posible ilicitud de la causa, determinante de la radical nulidad del negocio con arreglo al artículo 1275 CC, cuando es patente que la obligación principal (devolución de la finca en el plazo pactado), cuyo cumplimiento se refuerza con la amenaza de ejecutar la obligación accesoria, carece de cualquier vicio invalidante.»

Como veremos más adelante, esta doctrina no impide que, en ciertos casos, la suma pactada como pena pueda determinar la nulidad de la cláusula penal. Así, por ejemplo, cuando falte causa real para la atribución patrimonial derivada de la aplicación de la pena. O cuando las partes no hayan respetado los límites legales a la autonomía de la voluntad, en concreto, si el monto de la pena fuera susceptible de ser calificado como usurario<sup>41</sup>, o como abusivo, atendiendo al momento de la celebración del contrato<sup>42</sup>, ya que los requisitos de validez de la cláusula penal presentan especialidades cuando forma parte de las «condiciones generales» insertas en contratos con consumidores o usuarios. En este último supuesto, la eficacia de la pena convencional esta sometida a que se cumpla lo previsto tanto en la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, de 13 de abril de 1998, como en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley 44/2006, General para la Defensa de Consumidores y Usuarios; la Ley de Crédito al Consumo, de 23 de marzo de 1995, y, en general, la normativa legal protectora de los contratos celebrados con consumidores que resulte aplicable.

### 3. LAS CLASES DE PENA CONVENCIONAL Y SUS FUNCIONES

Dada su naturaleza de aseguramiento de una obligación principal, la pena convencional tiene, conceptualmente, una finalidad esencial y común a sus diversas modalidades: la de reforzar el vínculo obligatorio proporcionando al acreedor una garantía añadida del cumplimiento exacto y puntual de la prestación principal. Esta finalidad protectora del acreedor se logra mediante dos posibles efectos, o

<sup>41</sup> Conforme a la Ley de Represión de la Usura de 1908.

<sup>42</sup> Vid. CAFFARENA LAPORTA, Jorge: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dirs.: A. Menéndez, L. Díez-Picazo; Coord., J. Alfaro), Madrid, 2002, p. 1030

funciones, de la cláusula penal. Por un lado, el efecto coercitivo y disuasorio sobre el obligado, que opera cuando el importe establecido de la pena sea superior al que previsiblemente se obtendría a través de la indemnización fijada con arreglo a régimen legal ordinario de responsabilidad por incumplimiento contractual. Por otro lado, el efecto liquidatorio de los daños, que garantiza al acreedor una mayor facilidad para el cobro de la indemnización sin necesidad de acreditar la existencia y cuantía del daño.

Las diferentes funciones que nuestro Código civil atribuye a la pena convencional son producto de la confluencia de dos corrientes de ideas distintas. Por un lado la idea primitiva de sanción, o pena en sentido estricto, que busca presionar al deudor para que cumpla; y por otro, la idea de valoración y liquidación anticipada de la indemnización de daños y perjuicios<sup>43</sup>, es decir, de modificación pactada de las reglas legales sobre responsabilidad por incumplimiento contractual.

Ambas funciones se contemplan en los ya mencionados Principios contenidos en la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, el primero de los cuales considera cláusulas penales todas aquellas en que el deudor se obliga a efectuar un pago en el caso de falta de ejecución de la obligación principal, *tanto si dicho pago ha de ser hecho a título de pena como de indemnización*. La función sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios, sin embargo, es la que parece predominar en el artículo 9:509 (1) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, conforme al cual: «Cuando el contrato establece que la parte que incumple debe pagar una suma de dinero a la parte perjudicada por tal incumplimiento, ésta deberá recibir dicha cantidad con independencia de cuál haya sido su pérdida efectiva». Así pues, y salvo lo dispuesto en el propio artículo 9:509 (2) sobre la moderación judicial, el importe de los daños indemnizables en caso de incumplimiento se ajustará a la suma fijada en el contrato, no al valor real de la pérdida sufrida por la parte perjudicada, si bien ésta no tiene la carga de probar los daños derivados del incumplimiento. Nada impide, sin embargo, que las partes configuren la cláusula penal como un mínimo a pagar por el contratante incumplidor, en cuyo caso el agraviado podrá reclamar una cantidad superior siempre que pueda probar una pérdida que excede la pena pactada<sup>44</sup>. Muy similar es la

<sup>43</sup> Sobre las variantes de la *stipulatio poenae* en Derecho Romano, y su influencia, a través de la doctrina de Pothier, en el Código civil francés, *vid.*, L. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, vol. II, cit., pp. 458 ss.

<sup>44</sup> *Vid.* LANDO y BEALE, *ob. cit.*, pp. 453 ss.

norma prevista en el Marco Común de Referencia (Libro III, art. 3:710, apartado 1.º)<sup>45</sup>.

La opción por uno u otro tipo de cláusula penal depende, en nuestro Derecho positivo, de la voluntad de las partes. De este modo, la intensidad de la garantía establecida mediante la pena convencional depende del tipo de cláusula elegida. Los artículos 1152 y 1153 CC<sup>46</sup> contemplan las distintas clases de cláusula penal y sus respectivos efectos<sup>47</sup>. De la letra de estos dos preceptos se desprende claramente su carácter de normas dispositivas<sup>48</sup>, por lo que la autonomía privada puede modificarlas, dentro de los límites de la libertad de pactos (art. 1255 CC).

Conforme, pues, a la normativa del Código civil, la cláusula penal puede ser:

A) Sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios. Es la regla general en el sistema del Código civil. Se recoge en el artículo 1152-1.º, a cuyo tenor, la pena sustituirá a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento,

---

<sup>45</sup> Según esta regla, si el contrato estipula que el deudor que incumple la obligación debe pagar una determinada suma al acreedor por dicho incumplimiento, el acreedor tiene derecho a esa suma con independencia de cual haya sido su pérdida real.

<sup>46</sup> Art. 1152 CC: «En las obligaciones con cláusula penal, la pena sustituirá a la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado. Sólo podrá hacerse efectiva la pena cuando ésta fuere exigible conforme a las disposiciones del presente Código».

Art. 1153 CC: «El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la pena, sino en el caso de que expresamente le hubiese sido reservado este derecho. Tampoco el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada».

<sup>47</sup> En el Derecho Foral de Navarra, la Ley 518 dispone: «La estipulación de pagar una cantidad como pena por el incumplimiento de cumplir una prestación lícita obliga al promitente, y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial. El deudor no quedará liberado de la obligación penal aunque concurra alguna causa que pudiera liberarle de la obligación principal. La obligación de pagar la pena, salvo pacto en contrario, no tiene carácter alternativo, sino subsidiario, y el acreedor podrá rechazar la falta de pago de la pena estipulada y exigir la indemnización que resulte debida por el incumplimiento de la obligación principal. Cuando el acreedor acepte el cumplimiento de la obligación aunque éste sea parcial, se entenderá renunciada la estipulación penal, salvo que otra cosa se hubiere pactado. Cuando cobre la pena, y luego exija la indemnización por incumplimiento, la pena cobrada se deducirá de la indemnización que resulte deberse en virtud del contrato». Esta Ley presenta diferencias importantes con las normas del Código civil en la materia. Las principales son: 1.ª) Se excluye la posibilidad de modificación judicial de la pena que prevé el artículo 1154 CC; 2.ª) La vigencia de la pena no depende de la existencia de una obligación principal, a diferencia de la regla de accesoriedad de la pena establecida en el artículo 1255 CC; 3.ª) Se presume, salvo pacto en contrario, una renuncia a la pena pactada cuando el acreedor acepte el cumplimiento parcial de la obligación, que el Código civil no establece.

<sup>48</sup> Son, por el contrario, imperativas las reglas contenidas en los artículos 1154 y 1155 CC:

Art. 1154 CC: «El juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor».

Art. 1155 CC: «La nulidad de la cláusula penal no lleva consigo la de la obligación principal. La nulidad de la obligación principal lleva consigo la de la cláusula penal».

si otra cosa no se hubiere pactado. Así pues, salvo declaración en contrario de las partes, la pena privada es incompatible con el régimen legal de indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual. La cláusula penal opera como mecanismo que modifica convencionalmente las reglas legales relativas a la responsabilidad contractual<sup>49</sup> para, normalmente, agravarla.

La jurisprudencia es unánime al declarar (entre las más recientes, SSTs de 28 de septiembre de 2006, FD 2.º, y 13 de julio de 2007, FD 2.º)<sup>50</sup> que:

«La función esencial de la cláusula penal [...] es la liquidadora de los daños y perjuicios que haya podido producir el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la obligación principal, sustituyendo a la indemnización sin necesidad de probar tales daños y perjuicios, y sólo excepcionalmente opera la función cumulativa, cuando se ha pactado expresamente que el acreedor pueda exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados y, además, la pena pactada como cláusula penal.»

Resulta igualmente incompatible la reclamación de cumplimiento de la prestación principal y de la prestación penal, salvo pacto expreso de los contratantes, ya que el artículo 1153-2.º CC dispone que «tampoco el acreedor podrá exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, sin que esta facultad le haya sido claramente otorgada»<sup>51</sup>.

En suma, la pena convencional sustitutiva cumple, ante todo, una función liquidatoria, puesto que conlleva la cuantificación previa de los posibles perjuicios que el incumplimiento produciría y cuya indemnización queda absorbida por la pena pactada. Si se incumple la obligación garantizada, el acreedor podrá exigir el pago de la pena en su totalidad, con independencia de que coincida o no con la valoración real de los daños efectivamente producidos, aunque ésta sea distinta de la cuantía de la pena e incluso si el incumplimiento no ha ocasionado daño alguno.

En todo caso, la función de liquidación de los daños ha de relacionarse con el tipo de lesión del derecho de crédito para el que la cláusula esté prevista. En efecto, la prestación penal sustituye únicamente a la indemnización de los daños y perjuicios derivados del

<sup>49</sup> Vid. JORDANO FRAGA, «Francisco: Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1984, pp. 603 ss.

<sup>50</sup> En igual sentido, las SSTs de 17 de noviembre de 2004, 18 de julio de 2005, 28 de septiembre de 2006, 13 de julio de 2007, 5 de diciembre de 2007, 26 de marzo de 2009.

<sup>51</sup> STS de 20 de marzo de 2002: «El motivo se desestima porque no demuestra que de forma clara, como exige el precepto, se concedió al acreedor la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, claridad que se opone a interpretaciones equívocas».

incumplimiento concreto para el cual fue estipulada; pero no de los daños derivados de otros tipos de incumplimiento, respecto de los cuales el acreedor conserva sus pretensiones indemnizatorias conforme a las reglas generales.

El acreedor, por otra parte, no tiene la carga de probar la existencia y cuantía de los daños derivados del incumplimiento de la prestación principal. Sólo debe demostrar la vigencia de la cláusula penal y el incumplimiento o cumplimiento irregular de la prestación por el deudor. Por consiguiente, la pena convencional evita al acreedor incertidumbres sobre la cuantía en que se cifraría judicialmente, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios, así como el riesgo de no poder demostrar la existencia de éstos<sup>52</sup>.

Para que este tipo de cláusula penal cumpla, además, una función de garantía, como medida coercitiva que propicia el cumplimiento de la obligación principal, es necesario que el importe de la pena sea superior al valor previsible de los daños derivados del incumplimiento, de modo que el cumplimiento voluntario de la obligación principal sea menos gravoso para el deudor que el pago de la pena estipulada. Cuando la pena se limite a fijar en una suma equivalente al valor previsible de los daños nos hallaremos ante una cláusula de liquidación anticipada de los daños, pero no ante una genuina pena convencional. Por consiguiente, se ha planteado si estos pactos de liquidación anticipada de las indemnizaciones deben enmarcarse en los artículos 1152 a 1155 CC, o si su regulación es la prevista en los artículos 1106 y siguientes CC<sup>53</sup>.

Cabe, no obstante, señalar que este tipo de estipulaciones, sean consideradas o no auténticas penas convencionales, serán útiles al acreedor en tres sentidos: le liberan de probar los daños, conoce de antemano la suma a percibir y le permiten agilizar el cobro de ésta.

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos mantiene el carácter sustitutivo de la pena convencional, salvo pacto en contrario, en el artículo 1146-1.º, a cuyo tenor: «La prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de los daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal». Como se desprende de esta norma, y de las contenidas en sus artículos 1148 a 1151, la Propuesta distingue entre «indemni-

---

<sup>52</sup> Además, sirve para agilizar un eventual procedimiento de ejecución forzosa, al haberse fijado una cantidad independizada de los daños reales que puedan haberse producido, afirma V. MONTÉS PENADÉS, *ob. cit.*, p. 169.

<sup>53</sup> Díez-PICAZO, Luis: «Cláusula penal...», *ob. cit.*, pp. 400-401 ss., destaca que la diferencia fundamental que resultaría de no aplicar los artículos 1152 ss. CC a los pactos de liquidación anticipada de daños reside en que éstos quedarían fuera de la facultad judicial de moderación prevista para las cláusulas penales (art. 1154 CC).

zación convenida o convencional», con la que designa a la pena sustitutiva de la indemnización de daños por incumplimiento, y «pena convencional», que alude a la pena en sentido estricto, pues se acumularía a la indemnización determinada por las reglas legales sobre responsabilidad contractual. La fijación por las partes de una «indemnización convencional» impide al acreedor «exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo pacto en contrario» (art. 1147 de la Propuesta). Por otra parte, el artículo 1149-1.º declara que la acción para exigir el cumplimiento específico de la prestación principal es incompatible tanto con la «indemnización convencional» como con la «pena convencional», salvo que se trate de una pena moratoria o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible<sup>54</sup>. Finalmente, para el caso de resolución por incumplimiento, el artículo 1149-2.º de la Propuesta concede al acreedor el «derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquella pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado».

B) **Cumulativa o punitiva.** Las penas que cumplen esta función son denominadas penas puras o en sentido estricto. La STS de 13 de febrero de 2008 declara la existencia de pena cumulativa por haberse estipulado en el contrato que el retraso en el pago de la renta dará lugar al pago de la pena y del interés legal de demora (FD 4.º).

«[...] el tenor literal del artículo 1152 del Código Civil no impide la acumulación en el caso de autos, durante los meses impagados de junio a septiembre de 1998, de la pena y del interés estipulado del 7,5 por 100. Tal precepto prevé la sustitución de la indemnización de daños y el abono de intereses por la pena, sólo «si otra cosa no se hubiere pactado». Y en el caso de autos, del tenor literal de la cláusula novena del contrato resulta que tales garantías pueden acumularse al preverse la cláusula penal «a la vista de los precedentes reseñados en los Expositivos» (la arrendataria había incumplido un contrato locativo anterior), y «con independencia de los demás derechos y acciones que puedan corresponder al arrendador», entre ellos, se entiende, el previsto en el anterior apartado primero, en que se disponía que *el retraso en el pago de la renta devengará el interés legal de demora.*»

La pena cumulativa constituye la excepción en el sistema del Código civil: sólo opera cuando exista acuerdo expreso de los inte-

<sup>54</sup> Crítica esta regla MARÍN GARCÍA, Ignacio: «La cláusula penal en la propuesta de Modernización del Código Civil, en materia de Obligaciones y Contratos», InDret, 2/2009, www.indret.com, por considerar que «permite conjeturar que la mencionada acción no es compatible con la reclamación de penas que cubran partidas indemnizatorias distintas a la mora y que serían igualmente exigibles a causa del incumplimiento».

resados. De ahí que la STS de 3 de noviembre de 1999 (FD 3.º) declare:

«[...] la modalidad de cláusula penal acumulativa que se regula en el párrafo segundo del artículo 1.153 del Código Civil requiere una voluntad clara de las partes en su establecimiento, y que doctrina jurisprudencial reiterada sostiene una interpretación restrictiva de tales cláusulas, [...]»

Así pues, cabe la acumulación de pena e indemnización de daños y perjuicios mediante el pacto, permitido en el artículo 1152-1.º CC, por el que las partes determinen que la pena no excluirá la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento. Una segunda forma de acumulación, esta vez entre pena y cumplimiento de la prestación principal, es igualmente posible, conforme al artículo 1153 CC, cuando «esta facultad le haya sido claramente otorgada» al acreedor.

En el primer caso, además de la pena estipulada, el deudor debe abonar los daños y perjuicios derivados del incumplimiento calculados conforme a las normas reguladoras de la responsabilidad contractual. La pena cumple una función punitiva o sancionadora en sentido estricto, pues se suma a la cuantía de los daños reales, operando como una sanción civil al incumplimiento. La intensidad de su función aseguradora aumenta ya que el grado de coerción al deudor es mayor, de manera que se refuerza considerablemente el vínculo obligatorio<sup>55</sup>.

Otra forma de pena cumulativa es la prevista en el artículo 1153 CC cuando exista acuerdo de las partes que autorice al acreedor para reclamar conjuntamente el cumplimiento de la obligación principal y el pago de la pena. La letra de este precepto permite entender que el acreedor, existiendo este acuerdo, podría recibir el interés contractual, el *id quod interest*, duplicado (o incluso más). Este beneficio tendría una causa formal: el propio contrato que contiene una cláusula cumulativa de este tipo. Otra cosa es que exista causa material o real. Si consideramos que la cláusula penal es un medio de aseguramiento o garantía, podremos amparar en ella una atribución patrimonial tendente a reforzar la obligación principal (por ser superior al valor de los daños realmente ocasionados por el incumplimiento), pero no una multiplicación exorbitante del interés contractual<sup>56</sup>, cual sucede cuando el

<sup>55</sup> Esta posibilidad de acumulación está expresamente vedada en la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, principio 5.º): «El acreedor no puede obtener, en lugar o además de la pena estipulada, la indemnización de daños derivada del incumplimiento de la obligación principal».

<sup>56</sup> Vid. Díez-PICAZO, Luis: «Cláusula penal ...», cit., p. 403.

acreedor pueda solicitar el cumplimiento y la pena. Sin embargo, esta situación no suele producirse en la práctica debido a la propia mecánica de funcionamiento de la cláusula penal (salvo en el supuesto de cumplimiento «por equivalente» pecuniario). En efecto, como sabemos, la pena sólo opera cuando se produzca el incumplimiento previsto por las partes que, por definición, no será total y definitivo cuando el acreedor pueda pedir cumulativamente cumplimiento específico de la prestación principal y pago de la pena<sup>57</sup>. Por tanto, la facultad de acumular cumplimiento específico y pena debe entenderse referida a supuestos de penas previstas para el cumplimiento defectuoso o retrasado de la prestación principal, respecto del cual la doble exigencia de cumplimiento exacto y pena convencional puede estar justificada.

En este sentido, es más precisa la redacción del Principio 2.º de la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978, a cuyo tenor: «El acreedor no puede acumular ejecución de la obligación principal y la suma estipulada, salvo en el caso de retraso en la ejecución. Toda estipulación contraria a esta regla será nula». Añadiendo el Principio 3.º: «La cláusula penal no impide al acreedor ejercitar la pretensión de cumplimiento en lugar del pago de la suma estipulada».

También resuelve esta cuestión la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos. Como ya quedó señalado anteriormente, su artículo 1146-1.º contempla la posibilidad de que las partes convengan una pena cumulativa o pura, a la que la Propuesta denomina «pena convencional», al disponer que la «prestación convenida para el incumplimiento o el cumplimiento retrasado o defectuoso sustituirá a la indemnización de los daños sin necesidad de probarlos, salvo que las partes le hubiesen asignado sólo carácter penal». Posteriormente, el artículo 1149-1.º de la Propuesta excluye la acumulación de las pretensiones de cumplimiento específico y pago de la indemnización o pena pactadas, al establecer que el «ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica impide al acreedor reclamar la indemnización convenida de los daños y la pena convencional, salvo que éstas hubiesen sido estipuladas para el caso de retraso o que el cumplimiento en forma específica resulte imposible». Pese a la letra de la norma, cabe entender que el ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica sería compatible no sólo con la reclamación de la pena moratoria, sino tam-

---

<sup>57</sup> Vid. PINTO MONTEIRO, Antonio: *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1999, pp. 424 ss.



bién de penas previstas para otros tipos de falta de cumplimiento exacto de la prestación principal.

C) La cláusula penal «alternativa». El primer inciso del artículo 1153 CC permite a los interesados pactar que el deudor pueda eximirse de cumplir la obligación principal pagando la pena. A falta de dicho pacto, el deudor no puede elegir entre sendas opciones. Dado que, según la regla general, el deudor no tiene un derecho de opción entre el cumplimiento y la indemnización de daños, sino que está obligado a cumplir, el pacto previsto en este precepto le concede una facultad de elegir que excepciona la citada regla<sup>58</sup>. Cuando la cláusula penal atribuye al deudor la facultad de liberarse de la obligación principal pagando la suma de dinero acordada, su naturaleza de obligación accesoria de una principal, a la que refuerza o asegura, queda desvirtuada<sup>59</sup>.

En realidad, este tipo de estipulaciones contractuales dan lugar a una obligación facultativa: el contratante se reserva la facultad de elegir entre cumplir el contrato mediante la realización de la prestación principal o bien mediante el pago de la cantidad fijada (también llamada «multa de arrepentimiento» o «multa penitencial»). De ahí que se haya cuestionado la procedencia de aplicar, a este tipo de pactos, las normas del Código civil relativas a la cláusula penal, en especial la facultad de moderación del artículo 1154 CC. Pese a ello, la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil recoge una regla idéntica a la vigente ya que, a tenor de su artículo 1146-2.º: «El deudor no podrá eximirse de cumplir la obligación pagando la prestación convenida sino en el caso de que esta facultad le hubiese sido especialmente concedida». Por otra parte, esta Propuesta recoge una regla especial para el supuesto de obligaciones consistentes en emitir una declaración de voluntad. Cuando tales obligaciones estén aseguradas con pena convencional, el artículo 1195 de la referida Propuesta dispone que el acreedor «podrá exigir la realización de su derecho conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil, *pero si se hubiese pactado una pena para el caso de incumplimiento sólo podrá exigirse la efectividad de ésta, salvo pacto en contrario*».

D) La cláusula penal del artículo 56 del Código de comercio. Conforme a este precepto: «En el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario».

<sup>58</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, ob. cit., p. 159.

<sup>59</sup> Vid. STS de 31 de julio de 2007 (FD 5.º).

Como puede apreciarse, varias son las diferencias entre la cláusula penal regulada en los artículos 1152 a 1155 CC y la «pena de indemnización» a que se refiere el artículo 56 Cco. Aludiremos aquí a las más relevantes.

La propia letra del artículo 56 Cco pone de manifiesto que este cuerpo legal se limita a atribuir a la pena convencional efectos valorativos de la indemnización de daños por incumplimiento de los contratos mercantiles<sup>60</sup>. La llamada por esta ley «pena de indemnización», sustituye y absorbe el resarcimiento de daños y perjuicios que, mediante la aplicación del régimen jurídico regulador de la responsabilidad por incumplimiento contractual, pudiera corresponder al acreedor frustrado. Su función como liquidación anticipada de los perjuicios derivados del incumplimiento de la prestación principal y sustitución de los mismos es patente.

Sin embargo, la idoneidad de la pena convencional prevista en el artículo 56 Cco para cumplir funciones punitivas en sentido estricto es muy limitada si la comparamos con la regulada en el Código civil. En efecto, el Código de comercio no contempla la posibilidad de acumular, mediante acuerdo expreso de los contratantes, pena e indemnización de daños (*cf.* art. 1152-1.º CC), ni tampoco pena y cumplimiento de la prestación principal (*cf.* art. 1153 CC). Por consiguiente, el que la cláusula penal en sede mercantil surta efectos penitenciales, dependerá únicamente de que el *quantum* de la pena fijada por las partes supere, y en qué medida, el valor de los daños reales que el incumplimiento pueda ocasionar.

Tampoco establece explícitamente el artículo 56 Cco, como hace el artículo 1153 CC, la posibilidad de que, mediante pacto, el deudor pueda eximirse de cumplir la obligación principal pagando la pena. Además, el Código de comercio no contiene una norma que prevea la posibilidad de moderación judicial de la «pena indemnizatoria» en caso de cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, como la establecida en el artículo 1154 CC. Por último, y a diferencia de las previsiones del Código civil, el artículo 56 Cco declara expresamente que la utilización de una de las dos acciones, reclamación de la pena o cumplimiento, extingue la otra, salvo pacto en contrario<sup>61</sup>.

<sup>60</sup> Sobre la cláusula penal en los contratos mercantiles, *vid.* GÓMEZ CALERO, Juan: *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Madrid, 1983.

<sup>61</sup> Señala PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de derecho civil español*, tomo III, Pamplona, 1972, p. 135, en relación con el artículo 56 Cco: si el perjudicado opta por el cumplimiento, no puede privársele del derecho a solicitar la pena cuando no haya obtenido el cumplimiento solicitado, pues sería contrario a la función protectora de la cláusula penal hacer del incumplimiento una fuente de provecho para el deudor y vulneraría el artículo 1124 CC. En el mismo sentido, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, p. 279.

Pese a estas diferencias, debe tenerse en cuenta que la cláusula penal contenida en un contrato mercantil está regulada no sólo por el artículo 56 Cco. y normas mercantiles concordantes, sino que, en todo lo no regulado por dichas normas, son de aplicación «las reglas generales del Derecho común» (art. 50 Cco.). En consecuencia, la normativa mercantil aplicable en esta materia debe ser completada por los artículos 1152 a 1155 CC<sup>62</sup>, tal y como declara la STS de 22 de septiembre de 2000 al afirmar (FD 3.º):

«El artículo 56 del texto mercantil, ubicado dentro de las Disposiciones Generales sobre los contratos de comercio, se cuida de advertir la posibilidad de pacto en contrario. El artículo 50 de tal normativa declara supletorias las normas del Derecho común, entre las cuales hay que referirse al principio de *pacta sunt servanda*, que consagra el artículo 1255 del Código Civil, y siendo la voluntad contractual soberana y suficiente el consentimiento de las partes libre para configurar incluso convenios de los típicos dibujados en el Código Civil y en el propio Código de Comercio.»

#### 4. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL: INCUMPLIMIENTO Y EXIGIBILIDAD

Para que el acreedor pueda reclamar al deudor la prestación penal es necesario, ante todo, la validez tanto de la obligación principal como de la propia cláusula penal, así como la subsistencia de ambas. En cuanto a la pena convencional, dicha subsistencia puede no darse si las partes han alterado los supuestos en base a los cuales se pactó la pena convencional<sup>63</sup>. La jurisprudencia establece consecuencias distintas dependiendo de la entidad de la modificación<sup>64</sup>. Cuando exista una variación esencial de las circunstancias, la pena no será exigible<sup>65</sup>. En caso de alteraciones de menor alcance, cabrá la moderación de la pena conforme a lo dispuesto en el artículo 1154 CC. Esta doctrina se recoge, entre otras, en la STS de 3 de febrero de 2000 (FD 3.º), en un caso de alteración de la base de negocio que excluye la aplicación de la cláusula penal:

«La pena pactada sólo puede aplicarse si una vez establecida sigue aún en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, y no cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales se

<sup>62</sup> Vid. GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 47; VERGEZ, Mercedes: *Lecciones de Derecho Mercantil* (Dir. A. MENÉNDEZ), Madrid, 2005, p. 537.

<sup>63</sup> Hallamos ejemplos frecuentes en contratos de obra en los que, tras pactarse la pena, las partes introducen variaciones de la obra a realizar.

<sup>64</sup> STS de 27 de febrero de 2002.

<sup>65</sup> Entre las más recientes, las SSTS de 30 de noviembre de 1998, 14 de diciembre de 1999, 3 de febrero de 2000, 29 de octubre de 2001, 5 de marzo de 2002, 25 de enero de 2008 y 22 de abril de 2009.

pactó, pues si dichos supuestos se alteran, la eficacia de tal cláusula penal desaparece, y así es de estimar cuando convenida la entrega de determinadas obras en cierto día, luego resulta que el volumen de tales obras se aumentó y cambiaron los precios y hubo además exceso de obras, haciendo preciso un tiempo mayor que el estipulado (SS de 7 de diciembre de 1959, 13 de octubre de 1966, 10 de junio de 1969 y 16 de septiembre de 1986).»

La doctrina discrepa sobre el fundamento de esta pérdida de eficacia de la cláusula penal. Según algunos, se basa en una derogación tácita de la cláusula penal; para otros, en la novación de la obligación principal<sup>66</sup>; y para un tercer grupo, en la falta de un incumplimiento imputable al deudor<sup>67</sup>. En todo caso, la modificación por los contratantes de las bases que tuvieron en consideración al estipular la penal, no debe confundirse con los supuestos de alteración de las circunstancias existentes al tiempo de convenirse la pena, derivada de causas ajenas a la voluntad de los contratantes, que podrían dar lugar, en su caso, a la aplicación de la regla *rebus sic stantibus*.

Siendo válida y estando vigente la pena convencional, sólo surtirá efectos si concurren otros dos factores: el incumplimiento para el cual fue estipulada (art. 1152-1.º CC) y su exigibilidad «con arreglo a las disposiciones del presente Código» (art. 1152-2.º CC).

#### 1.º La falta de cumplimiento de la prestación principal.

Para que el acreedor pueda reclamar la prestación contenida en la cláusula penal es imprescindible que se produzca el incumplimiento estipulado en la misma<sup>68</sup>. Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo que la aplicación de la pena convencional siempre está subordinada al hecho de que exista el incumplimiento concreto previsto por las partes. Por ello, la STS de 18 de febrero de 2004 casa la sentencia recurrida, que había ordenado la aplicación de la pena pactada, declarando (FD 5.º):

«[...] no ha habido incumplimiento que motive la aplicación de la cláusula penal y en el informe oral se ha concretado que la estipulación quinta del contrato de arrendamiento prevé una cláusula penal consistente en un incremento del 30 por 100 de la renta si no se desalojan los bienes arrendados en cualquier supuesto de resolución, situación fáctica no producida, ni pedida en la demanda, ni declarada en la sentencia [...]»

<sup>66</sup> En este sentido, la STS de 14 de diciembre de 1999 afirma que existió una novación modificativa como consecuencia de haberse pactado un aumento sobre la obra inicialmente convenida.

<sup>67</sup> Vid. MARTÍNEZ MAS, Francisco: *La Cláusula Penal en el Contrato de Obra*, 2005, p. 86.

<sup>68</sup> Desde luego, nada impide a las partes vincular la pena convencional a dos o más hipótesis de incumplimiento: SSTS 3 de noviembre de 1999, 23 de noviembre de 1999 y 23 de diciembre de 2009.

Quien invoca la aplicación de una cláusula penal, debe acreditar los hechos que autorizan a formular su pretensión y corresponde al que niega su virtualidad, la prueba de los hechos impositivos de la misma (STS de 25 de enero de 2008).

La expresión «falta de cumplimiento», del artículo 1152 CC, alberga todas las modalidades de incumplimiento que, con diversa terminología, se contemplan en el Código civil<sup>69</sup>, e implican la insatisfacción del interés del acreedor<sup>70</sup>. La regla de cierre contenida en el artículo 1101 CC impone el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados a quienes de cualquier modo contravinieren el tenor de sus obligaciones. Cabe, pues, adoptar un concepto unitario de incumplimiento entendido como cualquier inejecución de las obligaciones que, conforme a las reglas contractuales, incumben al deudor<sup>71</sup>. Así lo define el artículo 1188 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil,<sup>72</sup> a cuyo tenor: «Hay incumplimiento cuando el deudor no realiza exactamente la prestación principal o cualquier otro de los deberes que de la relación obligatoria resulten». En consecuencia, los tipos de incumplimiento<sup>73</sup> a los que los contratantes pueden supeditar la exigencia de la pena convencional son:

A) Incumplimiento total y definitivo (absoluto).— En este caso, el deudor sólo estará obligado a pagar la pena pactada cuando, llegado el momento de cumplir la prestación principal, el deudor la ejecutó defectuosamente y no admite la corrección de los defectos o si el deudor no la realizó y el cumplimiento tardío resulta ya material o jurídicamente imposible. Es decir, cuando la ejecución tardía de la prestación, aun siendo posible, no satisfaga el derecho del acreedor, ya sea por estar sometida a término esencial o porque no sea razonable hacerle esperar un tiempo especialmente prolongado<sup>74</sup>.

<sup>69</sup> Cfr., artículos 1101, 1124, 1166, 1167, 1169 CC.

<sup>70</sup> Vid. Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, L.: *Fundamentos...*, cit., p. 647 y ss.; MORALES MORENO, A. M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, 2006, pp. 55 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F.: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *ADC*, 1993, p. 1720.

<sup>71</sup> Este es el concepto unitario de incumplimiento acogido por la Convención de Viena de 1980 (vid., Díez-PICAZO, L.: «Comentario a los artículos 61 a 65», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Dir. y Coord., Díez-PICAZO, L., Madrid 1998) y por los Principios del Derecho Europeo de Contratos (vid. Díez-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., y MORALES MORENO, A. M.: *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Capítulos 8 y 9, Madrid, 2002).

<sup>72</sup> Vid. Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, vol. II, ob. cit., p. 655.

<sup>73</sup> La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos destina los artículos 1188 y siguientes a la regulación del incumplimiento de las obligaciones.

<sup>74</sup> El artículo 8:103 de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, dispone que hay incumplimiento esencial en los siguientes casos: cuando la estricta observancia de la obligación forme parte de la esencia del contrato; cuando el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada de aquello que tenía derecho a esperar de acuerdo con

B) Cumplimiento parcial o incompleto.—El acreedor podrá exigir la prestación penal si el deudor sólo ha cumplido parcialmente la prestación principal en el momento debido (arts. 1157-1169 CC), siendo así que el resto ya no es física o jurídicamente posible, o siéndolo, ya no satisface el derecho del acreedor.

C) Cumplimiento defectuoso.—En tal supuesto, el deudor estará obligado a pagar la pena acordada cuando ha realizado la prestación principal, en el momento oportuno, pero adolece de defectos (arts. 1166 y 1167 CC) que pueden ser corregidos, de manera que sea apta para satisfacer el derecho del acreedor.

D) Cumplimiento tardío.—La pena deberá hacerse efectiva en caso de que, llegado el momento de cumplir, el deudor no haya ejecutado (total o parcialmente) la prestación principal, pero ésta sea todavía posible y apta para satisfacer el derecho del acreedor. Este tipo de cláusula penal se denomina «moratoria».

## 2.º La exigibilidad de la prestación penal.

El artículo 1152-2.º CC dispone que la pena sólo podrá hacerse efectiva cuando fuere «exigible conforme a las disposiciones del presente Código». La letra del precepto es, al mismo tiempo, vaga y escueta, pues no señala cuándo se produce tal exigibilidad. Para determinar este extremo, habremos de atender en cada caso al tipo de lesión del derecho de crédito al que las partes han vinculado la prestación penal. Sin perjuicio de ello, y con carácter general, debemos remitirnos a las normas generales sobre efectos de las obligaciones y responsabilidad por incumplimiento. En consecuencia:

A) Si la obligación principal estuviere sometida a condición suspensiva (art. 1113 CC) o término inicial (art. 1125 CC), será necesario que se haya cumplido aquélla o vencido el plazo.

B) Cuando la obligación principal consista en no hacer, la pena convencional será exigible desde que se haya realizado el acto prohibido (art. 1099 CC).

C) Tratándose de obligaciones recíprocas, a la vista de los artículos 1100 y 1124 CC<sup>75</sup>, la jurisprudencia aplica la doctrina sobre

---

el contrato; y cuando se trate de un incumplimiento intencional que dé razones a la parte interesada para creer que no puede confiar en el cumplimiento.

<sup>75</sup> La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos dispone (art. 1191): «En las relaciones obligatorias sinalagmáticas, quien esté obligado a ejecutar la prestación al mismo tiempo que la otra parte o después de ella, puede suspender la ejecución de su prestación total o parcialmente hasta que la otra parte ejecute o se allane a ejecutar la contraprestación. Se exceptúa el caso de suspensión contraria a la buena fe atendido el alcance del incumplimiento.»

la *exceptio non adimpleti contractus*<sup>76</sup> y niega al acreedor que no haya cumplido sus propias obligaciones la facultad de exigir la prestación penal al deudor incumplidor, pues lo contrario supondría la quiebra del sinalagma propio de este tipo de obligaciones<sup>77</sup>. La doctrina se recoge en la STS de 4 de abril de 2003<sup>78</sup>, a cuyo tenor:

«Yendo al concepto mismo de la obligación con cláusula penal, es aquella obligación cuyo cumplimiento se garantiza con la misma y cuyo incumplimiento se sanciona con la pena convencional. Por tanto, es presupuesto básico el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal. Siendo ésta una obligación bilateral, a su cumplimiento o incumplimiento se aplicarán las reglas específicas de ella; una de las cuales es la que se formula como necesidad de cumplimiento simultáneo, que significa que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir el cumplimiento al deudor, sin que él cumpla su respectiva obligación recíproca de la que es deudor; y, a la inversa, no puede alegar el incumplimiento (y exigir la aplicación de la cláusula penal) aquel que está a su vez obligado –obligación recíproca– y no ha cumplido: así, el deudor al que se le exige el cumplimiento y se alega el incumplimiento para aplicarle la cláusula penal, puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, que se desprende de los artículos 1124, 1308 y especialmente del 1100 último párrafo, del Código civil que establece la compensación en caso de mora.» (FD 2.º)<sup>79</sup>

«Las sentencias de instancia han apreciado incumplimiento de la obligación (bilateral) de pago por parte del comitente, la sociedad demandada y le han condenado al pago. Al tiempo, han aplicado al contratista, el demandante, la cláusula penal por su incumplimiento de la obligación (bilateral) de ejecutar la obra en el plazo

<sup>76</sup> Sobre el alcance de la *exceptio non adimpleti*... y su papel en caso de extinción de la relación contractual, véase la STS de 12 de diciembre de 2008.

<sup>77</sup> Ahora bien, como pone de manifiesto la STS de 17 de noviembre de 2004 (FD 5.º): «La *exceptio non rite adimpleti contractus*, una de las variantes de la de incumplimiento, admitida por la jurisprudencia con apoyo en los artículos 1100, 1124 1466 y 1500 del Código Civil, responde a la necesidad de mantener en el funcionamiento de la relación jurídica el mismo equilibrio querido por las partes al perfeccionar el contrato. *Por ello no es admisible el empleo de dicho instrumento de defensa cuando provoque una falta de proporción entre el medio y el fin, cual acontece en el caso de que la parte de prestación recibida sea la correspondiente a la parte de la contraprestación reclamada* (Sentencia de 27 de marzo de 1991) *o cuando los defectos de que adolezca la recibida no tengan entidad bastante, en relación con el resto de lo ejecutado* (Sentencias de 8 de junio de 1996, 22 de octubre de 1997 y 21 de marzo de 2003) *o cuando no resulte necesario para restablecer el equilibrio de prestaciones, al poder operar otro remedio distinto que, sin generar la crisis en el cumplimiento de lo pactado, lo permita*».

<sup>78</sup> El contratista demandante reclamaba el pago de la obra realizada bajo un contrato de obra con cláusula penal moratoria consistente en el pago de 100.000 pesetas. por día de retraso en la entrega de la obra. El contratista no entrega en plazo, porque el comitente tampoco había pagado el precio. La sentencia recurrida condena al comitente a pagar el resto el precio y al contratista a pagar la pena moratoria por no haber entregado la obra en el plazo previsto, si bien la modera *ex* artículo 1154 CC. El Tribunal Supremo casa la sentencia declarando que no procede aplicar la pena cuando el otro contratante no había cumplido su obligación de pagar el precio.

<sup>79</sup> En igual sentido se pronuncian las SSTS de 3 de febrero de 1998, 22 de julio de 1998, 26 de junio de 2000.

previsto. Con ello, *han quebrantado el sinalagma propio de estas obligaciones bilaterales, al ignorar que no puede exigirse a una parte –el contratista– el cumplimiento (y por ende, si incumple imponerle la pena convencional), si la otra parte no ha hecho cumplimiento de su respectiva obligación bilateral.*» (FD 3.º)

Por su parte, la STS de 30 de abril de 2008 confirma la resolución recurrida, que desestimó la demanda y la reconvenición, porque tanto los demandantes-reconvenidos como los demandados-reconvinientes habían incurrido en el incumplimiento previsto en la cláusula penal inserta en el contrato de sociedad civil del que todos eran parte<sup>80</sup>.

D) El incumplimiento, o cumplimiento irregular, de la prestación principal ha de ser imputable al deudor<sup>81</sup>. La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo impone este requisito<sup>82</sup> y, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 1100, 1101, 1102 y 1105 CC, reitera que el deudor responde del incumplimiento salvo que concurra causa de exoneración de la responsabilidad contractual (caso fortuito o fuerza mayor)<sup>83</sup>. Respecto de la imposibilidad sobrevenida, la doctrina jurisprudencial relativa a los artículos 1272 y 1184 CC aparece recogida en la STS de 30 de abril de 2002 (FD 7.º):

1. La regulación de los artículos 1272 y 1184 (éste se refiere a las obligaciones de hacer aunque la imposibilidad se aplica también, analógicamente, a las obligaciones de dar ex art. 1182, recoge una manifestación del *principio ad impossibilia nemo tenetur*, que aquí se concreta en la regla de que no existe obligación de cosas imposibles (*impossibilium nulla obligatio est*: D. 50, 17, 1185), cuya aplicación exige una imposibilidad física o legal, objetiva, absoluta, duradera y no imputable al deudor.

<sup>80</sup> Conforme a dicha cláusula, aquél de los socios que, abandonando la sociedad, o disuelta ésta, utilizare el nombre de la sociedad (LORAIN) en el ejercicio de su empresa o profesión, sin el consentimiento del resto de contratantes, estará obligado a indemnizar a cada uno de éstos con la suma de 10.000.000 de pesetas. Tanto los actores como los demandados, tras abandonar la sociedad, habían utilizado su denominación social.

<sup>81</sup> Requisito también previsto en la Resolución del Consejo de Europa de 20 enero de 1978, principio 4.º): «La pena convencional sólo será exigible cuando el incumplimiento de la obligación principal sea imputable al deudor, de manera que éste haya incurrido en responsabilidad».

<sup>82</sup> SSTs de 12 de julio de 1993, 14 de octubre de 1994, 31 de octubre de 2006, 13 de julio de 2007 y 22 de abril de 2009.

<sup>83</sup> La tendencia a vincular la exoneración de responsabilidad por incumplimiento a los supuestos en que el mismo sea debido a circunstancias ajenas a la esfera de control del deudor y no previsibles en el momento de la celebración del contrato, aparece en la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (art. 79-1), en los Principios UNIDROIT (art. 7.1.7-1), en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos (art. 8:108-1), así como en la propuesta de Marco Común de Referencia (Libro III, art. 3:104-1). Todos estos textos consideran al deudor garante de un resultado, por lo que el incumplimiento sólo se excusa si prueba que fue debido a un impedimento ajeno a su ámbito de control y que no cabía razonablemente haberlo previsto al momento de celebrarse el contrato, o haber evitado o superado sus consecuencias. En este sentido, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, *ADC*, 1993, p. 1740 y MORALES MORENO, *ob. cit.*, pp. 51-53.



2. La aplicación debe ser objeto de una interpretación restrictiva y casuística –atendiendo a los «casos y circunstancias», pudiendo consistir en una imposibilidad física o material (la Sentencia de 16 de diciembre de 1970 se refiere también a la moral, y la de 30 de abril de 1994 a la imposibilidad económica), o legal, que se extiende a toda imposibilidad jurídica, pues abarca tanto la derivada de un texto legal, como de preceptos reglamentarios, mandatos de autoridad competente, u otra causa jurídica.

3. A la imposibilidad se equipara la dificultad extraordinaria, pero no cabe confundir dificultad con imposibilidad, ni tampoco cabe medir la imposibilidad con base en el criterio subjetivo del deudor (lo que produciría inseguridad jurídica, según declara la Sentencia de 6 de octubre de 1994), de ahí que se siga un criterio objetivo.

4. La imposibilidad ha de ser definitiva, por lo que excluye la temporal o pasajera, que sólo tiene efectos suspensivos, y la derivada de una situación accidental del deudor.

5. No cabe alegar imposibilidad cuando es posible cumplir mediante la modificación racional del contenido de la prestación de modo que resulte adecuado a la finalidad perseguida.

6. Para aplicar la imposibilidad es preciso que no haya culpa del deudor, y no la hay cuando el hecho resulta imprevisible e irresistible. La jurisprudencia la excluye cuando resulta provocada por él, o le es imputable, y existe culpa cuando se conoce la causa o se podía conocer, o era previsible, aunque cabe que un cierto grado de previsibilidad no la excluya. La Sentencia de 17 de marzo de 1997 declara que no es aplicable cuando se conocen las limitaciones urbanísticas de la finca.

7. No hay imposibilidad cuando se puede cumplir con un esfuerzo la voluntad del deudor. La Sentencia de 14 de febrero de 1994 se refiere a observar la debida diligencia haciendo lo posible para vencer la imposibilidad y en la Sentencia de 2 de octubre de 1970 se acogió por haberse agotado las posibilidades de cumplimiento.

8. Para estimar la imposibilidad sobrevenida es preciso que el deudor no se halle incurso en morosidad.

En principio, por tanto, ante el incumplimiento de la prestación principal, el acreedor podrá exigir la pena pactada sin necesidad de probar la culpa del deudor, el cual sólo podrá liberarse de aquélla si demuestra la concurrencia de alguna causa de exoneración de responsabilidad prevista en las citadas reglas legales. Pese a ello, las partes pueden pactar lo contrario, es decir, el deber de cumplir la pena por el deudor aunque la falta de cumplimiento de la obligación principal no le fuera imputable, pues el tenor del artículo 1105 CC autoriza la asunción del riesgo por caso fortuito<sup>84</sup>. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia al declarar que, cuando el deudor no es responsable del incumplimiento o

<sup>84</sup> Vid. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 275; MONTÉS PENADÉS, ob. cit., p. 171. Según RODRÍGUEZ TAPIA, J. M., ob. cit., p. 568, esta solución es aceptable en los supuestos de penas sustitutivas y moratorias, pero no en el caso de las penas cumulativas.

del cumplimiento defectuoso de la obligación principal y ésta se extinga, no se puede exigir la pena, salvo que, excepcionalmente, se hubiese prometido ésta para la hipótesis de no ser imputable al deudor el incumplimiento<sup>85</sup>.

Sin embargo, el artículo 1148 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos dispone: «El acreedor sólo podrá exigir la *indemnización previamente convenida* cuando el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o retardado sea imputable al deudor. La aplicación de las *penas convencionales* requerirá la culpa del deudor». La Propuesta distingue, pues, entre la exigibilidad de la «indemnización previamente convenida» y de la «pena convencional». Sólo para reclamar esta última, la Propuesta establece la culpa del deudor como criterio de imputación.

### III. MODIFICACIÓN JUDICIAL DE LA PENA CONVENCIONAL

#### 1. EL ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL

Estipulada por las partes una prestación penal para el caso de que el deudor incumpla la obligación principal, o la cumpla inexactamente, y siempre que dicha estipulación reúna los requisitos necesarios de exigibilidad, deberá ser aplicada cuando el deudor incurra en el concreto tipo de incumplimiento en ella previsto. La cláusula penal excluye la necesidad de pruebas sobre la existencia y alcance de los perjuicios derivados del incumplimiento, pues el *quantum* indemnizatorio a cargo del deudor será el prefijado por las partes. En esta materia, como parte integrante del derecho de los contratos, rige el principio de la autonomía de la voluntad. Las obligaciones con cláusula penal se regulan ante todo, como se

---

<sup>85</sup> La STS de 13 de julio de 1999 niega la existencia de «fuerza mayor» alegada por la demandada para dar por extinguido anticipadamente (tres años antes de lo estipulado) un contrato de arrendamiento de finca rústica. La demandada, una empresa tabaquera, pretendía atribuir el carácter de fuerza mayor a la reducción de cuotas de producción, por cambio legislativo de la Comunidad Europea. Esta sentencia afirma que tal evento: «que hay que reputarlo dentro del denominado riesgo empresarial, por ser una eventualidad que puede producirse durante la vigencia de un contrato de arriendo limitado a cinco años de duración...»; añadiendo que: «... no queda fehacientemente acreditado el nexo causal entre el evento y el resultado como presupuesto fundamental para que la fuerza mayor genere irresponsabilidad ya que el hecho circunstancial de que se produjese legalmente, esa reducción en las cuotas de producción de tabaco, no conduce necesaria e ineludiblemente a que la sociedad arrendataria tuviese que resolver unilateralmente el convenio de arrendamiento pactado, por imposibilidad absoluta de continuar con el arriendo por los tres años de vigencia que restaban y a los que se había comprometido».

deduce de los artículos 1152 y 1153 CC, por la voluntad de las partes, expresa o claramente deducible del propio contrato, pues la jurisprudencia no admite interpretaciones extensivas. Dicha voluntad está sometida, junto a los límites generales que la ley impone a la autonomía privada, a la limitación contenida en el artículo 1154 CC: el Juez «modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor»<sup>86</sup>.

El tenor literal del artículo 1154 CC deja claro que no contiene una facultad judicial para modificar penas privadas excesivamente altas ni aumentar las irrisorias. La función atribuida por este precepto a los tribunales, al quedar circunscrita a los casos de «cumplimiento parcial o irregular» de la prestación principal, no se considera dirigida a modificar los acuerdos de las partes, sino más bien a complementar una posible laguna de los mismos<sup>87</sup>. Se presume, pues, que la intención de las partes incluiría la correspondiente reducción de la prestación penal cuando el incumplimiento efectivo del deudor tuviera una intensidad menor al previsto para la pena. La parte de la prestación adecuadamente cumplida no se penaliza, no ya por virtud de la facultad judicial, sino porque no existe incumplimiento, que es el presupuesto determinante de la exigibilidad de la pena. Esta idea parece latir en las palabras de García Goyena<sup>88</sup> al comentar el artículo 1085 del Proyecto de Código civil de 1851, según el cual: «El Juez puede modificar equitativamente la pena estipulada cuando la obligación principal se hubiere cumplido en parte y no en el todo».

---

<sup>86</sup> Recordemos que esta facultad judicial no está recogida en el Derecho civil foral de Navarra, cuya Ley 518 la excluye expresamente, al decir: «[...] y la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial [...]» La norma ha sido aplicada por la STS de 25 de enero de 1989, que declara: «[...] la facultad de moderación de la pena convencional, que autoriza al Juez el artículo citado del Código civil (1154), no se establece en el derecho civil foral navarro, puesto que la Ley 518-1.º de la Compilación foral vigente dispone por el contrario que la pena convenida no podrá ser reducida por el arbitrio judicial, norma que, a tenor de lo dispuesto en la Ley 2 de la misma Compilación, hay que estimar de preferente aplicación sobre lo dispuesto en el Código civil, que no es más que derecho supletorio del foral...»

<sup>87</sup> Vid. ESPÍN CÁNOVAS, ob. cit., p. 164; MÁS BADÍA, M.ª Dolores: *La revisión judicial de las cláusulas penales*, Valencia, 1995, p. 19.

<sup>88</sup> GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974, p. 583. Afirma este autor que, si el acreedor consiente ser pagado por partes, «...no puede tener una parte de la cosa y exigir íntegra la pena que la sustituye y representa. Ni puede una misma cláusula dar siempre lugar a la misma pena, tanto contra el deudor que ha ejecutado casi de lleno su obligación, como contra el deudor que ni siquiera ha comenzado a ejecutarlo. El juez, para la modificación de la pena, deberá tener en cuenta la posición respectiva de las partes, y todas las demás consideraciones de equidad que puedan ilustrar su prudente arbitrio». Como puede apreciarse, el ámbito de aplicación del artículo 1154 CC es más amplio que el precepto contenido en el Proyecto de 1851, pues admite la modificación judicial tanto si el cumplimiento es parcial como si es irregular.

En esta línea de respeto a la voluntad presunta de las partes se admite con carácter general la vigencia, en materia de pena convencional, de la cláusula *rebus sic stantibus*<sup>89</sup>. Esta cláusula, sobrentendida en todo tipo de contratos, permite a los tribunales alterar los términos concertados por las partes. La aplicación de la cláusula *rebus*, al tratarse de una figura de creación jurisprudencial, sólo es posible cuando concurren los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Supremo<sup>90</sup>. De este modo, el juez podría decretar el aumento o disminución de la cuantía prevista como pena privada cuando, de una correcta interpretación del contrato, se deduzca que las partes no quisieron abarcar la situación creada por una alteración sobrevenida y relevante de las circunstancias existentes cuando se pactó la pena.

Volviendo al artículo 1154 CC, según señalan numerosas sentencias de la Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, su finalidad «no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino en que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis» (STS de 1 de junio de 2009).

Distinta de la vigente es la regulación prevista por la Comisión General de Codificación en su Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, cuyo artículo 1150 dispone que «El juez modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones convenidas notoriamente desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». Por un lado, la Propuesta introduce la modificación judicial equitativa de «penas convencionales manifiestamente excesivas» y de «indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». Por otro, suprime la

<sup>89</sup> Vid., entre otros, RUÍZ VADILLO, E.: «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», en *RDP*, 1975, pp. 410, 411; DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992, pp. 267 a 270; QUESADA GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Corona: *Estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la pena convencional*, en *Aranzadi Civil*, núm. 14, 2003.

<sup>90</sup> Sobre la eventual modificación de los contratos por los tribunales en caso de «modificación sobrevenida de las circunstancias», analizando la cláusula *rebus*, la imprevisión, la excesiva onerosidad de la prestación y la teoría de la base del negocio, vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, ob. cit., pp. 1055 ss. Actualmente, debe tenerse en cuenta que el artículo 1213 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos reconoce de forma expresa la posibilidad de revisar o, incluso, de resolver un contrato cuando «las circunstancias que sirvieron de base al contrato hubieren cambiado de forma extraordinaria e imprevisible» haciendo el cumplimiento excesivamente oneroso (Vid. Pablo SALVADOR CORDERCH: *Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Indret, 4/2009, www.indret.com).

modificación judicial de la pena en caso de cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal, prevista en el vigente artículo 1154 CC, estableciendo como único criterio determinante de la modificación judicial la desproporción entre la suma pactada como indemnización y el valor del daño efectivo derivado del incumplimiento.

Las consideraciones que preceden, y las que seguidamente se exponen, relativas al régimen vigente en el Código civil, pueden extenderse a la cláusula penal inserta en un contrato mercantil. Como ya quedó dicho, el Código de comercio no contempla la modificación judicial de la «pena indemnizatoria» en caso de que la obligación principal se cumpla parcial o irregularmente. Por ello, y dada la remisión que los artículos 2 y 50 de dicho Código hace a las reglas generales del Derecho común en todo lo que no se oponga a su normativa propia, es aplicable en esta materia el artículo 1154 CC. Cuando un contrato mercantil con cláusula penal es cumplido de forma parcial o irregular (defectuosa, tardía...), se regula de modo análogo a como se regularía un contrato civil<sup>91</sup>.

## 2. CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA FACULTAD JUDICIAL DE REVISIÓN DE LA PENA CONVENCIONAL

### 2.1 Naturaleza de la norma

Según una antigua línea jurisprudencial<sup>92</sup> todavía en vigor, la expresión «el juez modificará la pena» implica un mandato imperativo para los tribunales, puesto que no dispone, como hacía el artículo 1085 del Proyecto de 1851, que el juez «puede modificar» la pena. En caso de cumplimiento parcial o irregular, proclama esta jurisprudencia, los jueces tienen no sólo el poder o facultad, sino el deber, de modificar la pena pactada cuando se den las condiciones previstas en la ley. Asimismo se afirma que cabe ejercitar de oficio la facultad moderadora concedida a los tribunales, sin necesidad de que las partes la invoquen, pues desde el momento en que se acreditó el incumplimiento parcial, surge el deber en aquéllos de moderar la pena convencional, quedando a su arbitrio, en términos

<sup>91</sup> *Vid.* GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 151.

<sup>92</sup> Recogida ya en las SSTs de 24 de marzo de 1909 y 16 de enero de 1910.

de equidad, la graduación de su cuantía<sup>93</sup>. Cabe citar, entre muchas otras, la reciente STS de 4 de enero de 2007 (FD 2.º):

«La jurisprudencia interpreta literalmente el artículo 1154 del Código civil (concretamente, la fórmula imperativa «modificará...») y considera que constituye vehículo de un mandato expreso que el Juez ha de cumplir, aunque no sea instado a ello por ninguna de las partes [...].»

Una línea jurisprudencial minoritaria, sin embargo<sup>94</sup>, entiende que se trata de una facultad del juez, no de un deber, pues el precepto afirma que la modificación se hará de manera equitativa, lo que implica algo, consustancial con la valoración y apreciación discrecionales, que es ajeno a la idea de un mandato imperativo y presupone la necesidad de que sea solicitado por aquél a quien interese.

En lo relativo a la posible aplicación de oficio de la facultad moderadora, esta segunda línea es más congruente con la regulación de la cláusula penal en nuestro Ordenamiento. Recordemos, por un lado, que el Código civil permite que la pena tenga toda la amplitud que las partes estipulen, salvo los límites del artículo 1255 CC<sup>95</sup>; y, por otro, el principio de «justicia rogada» que preside el Derecho procesal civil<sup>96</sup>. La revisión judicial de la pena pactada, por implicar una novación de la relación obligatoria, convierte en excepcional esta facultad de los tribunales, pues la regla general impide a éstos intervenir en las relaciones contractuales si no hay petición de parte en este sentido<sup>97</sup>. Además, ningún precepto del Código civil, ni de ley alguna, determina o impone su aplicación de oficio. Perteneciendo la materia al campo estricto de los intereses privados de las partes, rige el principio dispositivo, que impide una actuación de oficio. A la misma conclusión se puede llegar a partir del artículo 24 de la Constitución, que impide una tutela judicial no solicitada<sup>98</sup>.

<sup>93</sup> SSTS de 31 de mayo de 1994, 12 de diciembre de 1996, 13 de julio de 1999, 9 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2001, 10 de mayo de 2001, 7 de febrero de 2002, 27 de abril de 2005, 5 de julio de 2006, 12 de diciembre de 2006, 13 de febrero de 2008, 30 de abril de 2008, 19 de febrero de 2009.

<sup>94</sup> SSTS de 20 de noviembre de 1970, 30 de junio de 1981, 23 de mayo de 1990.

<sup>95</sup> Que nos remiten a la posible nulidad de las cláusulas usurarias, por contrarias a la Ley de Represión de la Usura, o abusivas conforme a lo dispuesto en la legislación protectora de los consumidores.

<sup>96</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 468; y MAS BADÍA, ob. cit., pp. 73 a 77.

<sup>97</sup> ORTÍ VALLEJO, ob. cit., p. 318.

<sup>98</sup> L. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., p. 468, matizando que la interpretación literal no ha sido nunca el más aconsejable camino de inteligencia de las normas. En el mismo sentido, ESPÍN ALBA, Isabel: *La cláusula penal, especial referencia a la moderación de la pena*, Madrid, 1997, p. 67.

Solicitada la modificación, y dándose los presupuestos previstos en el artículo 1154 CC, el juzgador deberá modificar la pena, establecida por los contratantes en contemplación del incumplimiento total, para reajustarla al incumplimiento parcial o cumplimiento irregular, salvo que otra cosa hayan acordado las partes.

La facultad que concede el artículo 1154 CC corresponde en exclusiva a los tribunales de instancia. Según la jurisprudencia<sup>99</sup>, la moderación equitativa de la pena corresponde al Juzgador de instancia «cuyo criterio no se puede revisar en casación» (STS de 27 de febrero de 2007), salvo interpretaciones irracionales, ilógicas, absurdas o carentes de toda base (SSTS de 28 de septiembre y 12 diciembre de 2006) o cuando no concurren los requisitos legales exigidos, como declara la STS de 10 de marzo de 2009 (FD 2.º):

«Esta Sala ha reiterado que el uso de la facultad moderadora establecida en el artículo 1154 del Código Civil así como la decisión sobre la improcedencia de hacer uso de tal facultad, son facultades que no pueden ni deben ser alteradas en vía casacional cuando se basan en una valoración lógica y racional asentada en bases fácticas incontrovertibles. Dicha revisión casacional procede, sin embargo, en los supuestos en que lo denunciado es que tal moderación se ha producido pese a no concurrir las condiciones legalmente exigidas para ello, esto es, que *la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor.*»

Finalmente, en la doctrina se ha planteado si el artículo 1154 CC es o no una norma imperativa para los contratantes pues, en caso afirmativo, sería nulo el pacto que excluyera su aplicación. Parece prevalecer la idea que defiende la naturaleza dispositiva de esta norma, dado que la misma se funda en la autonomía de las partes para determinar que el monto de la pena no sea reducido en caso de cumplimiento parcial o irregular de la prestación principal<sup>100</sup>, de manera que si se produjere dicha situación, no entraría en juego la facultad moderadora de los tribunales prevista en el repetido precepto.

<sup>99</sup> Desde la STS de 16 de marzo de 1910, hasta las más recientes, entre las que pueden citarse las SSTS de 23 de mayo de 1997, 22 de diciembre de 1997, 12 de febrero de 1998, 14 de diciembre de 1998, 9 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2001, 5 de diciembre de 2003, 27 de abril de 2005, 3 de febrero de 2006, 7 de junio de 2006, 5 de julio de 2006, 20 de septiembre de 2006, 20 de diciembre de 2006, 14 de mayo de 2008.

<sup>100</sup> En este sentido, MAS BADÍA, ob. cit., pp. 77 ss. La autora defiende esta postura y da cuenta de las diversas teorías doctrinales a favor y en contra de la misma.

## 2.2 La «modificación equitativa» del artículo 1154 CC

Aunque el artículo 1154 CC habla de «modificar equitativamente», el supuesto de hecho de la norma, «cumplimiento parcial o irregular» de la obligación principal, indica que la consecuencia jurídica, la modificación, sólo puede consistir en reducir la pena pactada<sup>101</sup>, nunca aumentarla; ni tampoco suprimirla, pues para ello sería preciso que se hubiera dado no un cumplimiento parcial o irregular, sino exacto de la prestación principal. A un menor grado de incumplimiento sólo puede corresponderle en equidad un menor grado de penalización. Declara así la STS de 10 de mayo de 2001 (FD 2.º), recogida por la STS de 13 de febrero de 2008 (FD 2.º):

«El artículo 1154 del Código civil es una norma de carácter imperativo, cuyo supuesto de hecho es el cumplimiento parcial, irregular o defectuoso, que no lo es ni el cumplimiento pleno ni el incumplimiento total y cuyo efecto es la moderación equitativa por el órgano jurisdiccional para *evitar la situación de injusticia que implicaría cumplir toda la pena, cuando no se ha incumplido toda la obligación.*»

Sin embargo, algunas sentencias del Tribunal Supremo han considerado posible otra forma de modificación de la cláusula penal: conceder al deudor un plazo para ponerse al corriente de sus obligaciones, transcurrido el cual se aplicaría la cláusula penal convenida<sup>102</sup>. En este sentido, la STS de 19 de mayo de 1958, atendiendo a lo exorbitante de la carga impuesta (pérdida de la finca comprada y de cuantiosas sumas pagadas como parte del precio), considera equitativa la moderación consistente en otorgar al deudor un plazo, dentro del cual podría satisfacer su deber y así «quedar liberado de tan desproporcionado castigo». Ahora bien, como señala la doctrina, conceder un plazo no es moderar la pena, sino facilitar el cumplimiento y evitar así la imposición de la pena<sup>103</sup>.

El ejercicio de la facultad otorgada es, según tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, discrecional o de libre arbitrio de los juzgadores de instancia, quienes han de ejercitarla mediante un juicio o arbitrio de equidad<sup>104</sup>, con arreglo a las cir-

<sup>101</sup> STS de 28 de febrero de 2001.

<sup>102</sup> STS de 5 de febrero de 1914.

<sup>103</sup> Vid. ALBALADEJO, ob. cit., p. 488; CABANILLAS, ob. cit., p. 161; LOBATO, ob. cit., p. 188; MAS BADIÁ, ob. cit., p. 159.

<sup>104</sup> Sobre el «arbitrio judicial», vid.: Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, contestado por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 2004; y NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000.



cunstancias concurrentes en el caso concreto<sup>105</sup>. El juego de la equidad puede incluso conducir a no efectuar la reducción cuando el cumplimiento irregular o parcial no tenga entidad suficiente para determinar la misma, o cuando la pena no alcance a compensar el perjuicio sufrido por el acreedor<sup>106</sup>.

Sobre los factores a tener en cuenta por el juez para realizar el «juicio de equidad» existen diversas opiniones doctrinales. Para algunos, la modificación equitativa supone que se tomen en consideración los intereses de las dos partes, así como el provecho que del cumplimiento parcial haya obtenido el acreedor<sup>107</sup>. Para otros, se debe atender al perjuicio realmente sufrido por el acreedor<sup>108</sup>; o al perjuicio evitado por el cumplimiento parcial en relación con el perjuicio remanente; o bien a la íntegra satisfacción del acreedor mediante la inexacta prestación recibida y la cuota de pena abonada<sup>109</sup>. Se afirma, asimismo, que la clave de la moderación reside en la idea de proporción<sup>110</sup>. En ocasiones, se acude al criterio de la diferencia de valor: en caso de incumplimiento parcial, habrá que atender al valor de la parte cumplida y de la no cumplida de la prestación principal; y en el de cumplimiento defectuoso, a la diferencia entre el valor real del cumplimiento correcto y del defectuoso<sup>111</sup>.

En el ámbito jurisprudencial, apenas hay pautas claras sobre el alcance y forma de la modificación debido al carácter discrecional de esta facultad judicial. En algunas sentencias, ni siquiera se explican los motivos de la reducción de la pena, limitándose la Sala a proclamar la imposibilidad de revisar en casación el juicio de equidad realizado por el juzgador de instancia. Existe, no obstante, un criterio utilizado con mayor frecuencia: el de reducir la pena en proporción al grado o calidad del cumplimiento<sup>112</sup>. Así, de la pena prevista para el incumplimiento total, habrá de descon-

---

<sup>105</sup> Declara la STS de 27 de abril de 2005 (FD 1.º): «El artículo 1154 contiene un mandato imperativo para el Juez en el sentido de proceder a moderar equitativamente la pena pactada por los contratantes en los supuestos de cumplimiento parcial, siendo conforme a la equidad, dadas las circunstancias del caso y apreciación discrecional de las concurrentes». En igual sentido, las SSTs de 10 de marzo de 1995 y 22 de septiembre de 1997.

<sup>106</sup> Cuando la pena pactada consiste en la pérdida de cantidades ya pagadas, algunas sentencias no la moderan porque el deudor se había beneficiado con la posesión del inmueble: SSTs de 22 de octubre de 2002, 15 de julio de 2003, 5 de diciembre de 2003, 20 de septiembre de 2006, 12 de diciembre de 2006, 4 de enero de 2007.

<sup>107</sup> PUIG PEÑA, *Compendio...*, ob. cit., p. 137; DÁVILA GONZÁLEZ, ob. cit., p. 418.

<sup>108</sup> ORTÍ VALLEJO, ob. cit., p. 317.

<sup>109</sup> GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 151.

<sup>110</sup> RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., pp. 586-587.

<sup>111</sup> LOBATO, ob. cit., p. 186.

<sup>112</sup> *Vid.* ESPÍN ALBA, I., ob. cit., p. 63.

tarse la parte que proporcionalmente corresponda a lo correctamente cumplido<sup>113</sup>.

También ha declarado la jurisprudencia que la culpa del deudor debe apreciarse para determinar si existe incumplimiento imputable que permita al acreedor exigir la prestación penal (art. 1152-2.º CC), pero no para decidir si debe ésta moderarse o no. En efecto, el artículo 1154 CC únicamente subordina la moderación de la pena a la condición de que la obligación principal haya sido parcial o irregularmente cumplida<sup>114</sup>. Pese a ello, algunas sentencias han aplicado criterios relativos al grado de culpa del deudor o la intensidad de los perjuicios<sup>115</sup>, que no parecen admisibles en esta sede. La diligencia del acreedor es tenida en cuenta por la STS de 13 de marzo de 1999 que, respecto de un contrato de obra con cláusula penal incumplido por el contratista y el arquitecto, decreta la resolución del contrato y la aplicación de la cláusula penal, la cual se modera habida cuenta de que (FD 7.º):

«[...] la obligación principal del constructor no ha sido totalmente incumplida y que, por su parte, *el actor no ha sido diligente en presentar su reclamación*, con lo que podía dilatar el espacio temporal de la penalización y de su consiguiente cuantificación y que también su conducta versátil ha complicado la buena ejecución del proyecto, esta Sala decide utilizar la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil.»

La doctrina jurisprudencial que, en sede obligaciones recíprocas, niega al acreedor que no haya cumplido sus propias obligaciones la facultad de exigir la prestación penal al deudor incumplidor<sup>116</sup>, parece latir en la *ratio decidendi* de la STS de 10 de marzo de 2009, la cual confirma una sentencia en la que la moderación de la pena se realizó por la Audiencia atendiendo, precisamente, a la existencia de ciertos incumplimientos no resolutorios por parte del acreedor. Esta solución conduce a moderar la pena no por un cumplimiento parcial o irregular del deudor (que, en este caso, había incumplido totalmente la obligación principal), sino por un cumplimiento parcial o irregular del propio acreedor, ya que la citada sentencia afirma (FD 2.º):

<sup>113</sup> Solución defendida por ALBALADEJO, ob. cit., p. 486.

<sup>114</sup> STS de 21 de mayo de 1948.

<sup>115</sup> SSTs de 8 de enero de 1945, 27 de mayo de 1959. Cita el criterio de la buena fe, la STS de 9 de enero de 2000.

<sup>116</sup> *Vid. supra*. Esta doctrina, recogida entre otras en las SSTs de 4 de abril de 2003, 29 de marzo de 2004 y 5 de diciembre de 2007, se rechaza en la STS de 25 de enero de 2008 cuando el acreedor sólo incurre en cumplimiento defectuoso «de entidad no decisiva».

«Se llega así al tema nuclear que en realidad se plantea en el motivo y es el de la posible eficacia que, en cuanto a la exigibilidad de la pena, haya de atribuirse a los *incumplimientos del acreedor que, aun no siendo de naturaleza esencial* y por tanto de carácter resolutorio, *han sido valorados por la Audiencia a la hora de obtener un juicio de equidad* sobre la exigencia al deudor del cumplimiento de la pena convencionalmente establecida. En este sentido la Audiencia destaca en el fundamento jurídico tercero de su sentencia que «en el supuesto de la *litis*, han existido, como queda dicho, incumplimientos parciales de la apelada o, si se prefiere, un cumplimiento irregular de su obligación principal», de modo que en realidad lo que la sentencia impugnada viene a sentar es la necesidad de atribuir algún efecto a tales incumplimientos parciales que, en caso de aplicación íntegra de la pena, quedarían sin sanción jurídica alguna. En este sentido la Audiencia *atendiendo al criterio de equidad que se encuentra presente en la propia dicción del artículo 1154 del Código civil, en relación con el artículo 3.2 del mismo Código, viene en cierto modo a compensar los efectos del incumplimiento de la parte demandada, que determinan la aplicación de la cláusula penal, con los incumplimientos parciales atribuidos a la parte actora, para en definitiva llevar a cabo la moderación de la pena, sin que en consecuencia pueda estimarse infringida la norma cuya vulneración se ha denunciado [...].»*

En el fondo, la moderación de la pena es más un problema de ajuste de los intereses en juego que un problema de equitativa reducción. Por tanto, parece preferible atender al grado en que la prestación realizada se sujete al programa de prestación previsto al constituirse la obligación. Así, el juicio de equidad deberá responder al principio de autonomía de la voluntad, que inspira la regulación legal de la cláusula penal, y atender a la composición de los concretos intereses de las partes prevista en las reglas contractuales. Lo que no parece permitir el artículo 1154 CC es la pura discrecionalidad del juzgador<sup>117</sup>, aunque algunas sentencias del Tribunal Supremo se hayan inclinado en esta dirección, como la STS de 2 de diciembre de 1998 cuyo FD 2.º declara que la facultad *ex artículo 1154 CC «es de absoluta discrecionalidad por parte del Juzgador»*.

Por todo ello, tal vez sea el sistema proporcional el más adecuado (aunque la proporción, entre penas totales e incumplimiento total y cumplimiento parcial y pena moderada, pueda no ser matemáticamente exacta<sup>118</sup>), siempre y cuando se respeten dos principios. En primer lugar, la proporción en que ha de reducirse la pena no debe atender sólo a la *cantidad* de prestación realizada (en caso

<sup>117</sup> Vid. DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 468-469; FERNÁNDEZ, T. R., ob. cit., MAS BADÍA, ob. cit., pp. 66 ss.

<sup>118</sup> DÍEZ-PICAZO, ob. cit., pp. 468-469.

de cumplimiento parcial) o al *nivel de corrección* de la misma (si el cumplimiento es irregular), sino que debe valorarse según el grado en que objetivamente haya satisfecho el interés del acreedor<sup>119</sup>. En segundo término, es menester que el importe de la pena, tras ser moderada, no sea tan bajo que altere la función preventiva y represiva que las partes hubieran atribuido a la pena convencional<sup>120</sup>, de manera que la moderación no convierta en ilusoria la función de la cláusula penal<sup>121</sup>, como hace la STS de 8 de febrero de 1989, que modera la pena para ajustarla a los daños sufridos por la acreedora.

### 3. PRESUPUESTOS DE LA MODIFICACIÓN JUDICIAL: EL CUMPLIMIENTO PARCIAL O IRREGULAR DE LA OBLIGACIÓN PRINCIPAL

La modificación de la pena sólo es legalmente posible cuando el deudor haya incurrido de manera relativa, no total y absoluta, en el incumplimiento sancionado con aquélla. La ley no autoriza a los jueces para modificar la pena según proceda o no en equidad, sino sólo cuando haya existido un cumplimiento parcial o irregular de la prestación principal, no su incumplimiento total<sup>122</sup>.

En definitiva, la modificación de la pena convencional presupone una lesión del derecho de crédito derivada de la ejecución inexacta de la obligación principal, que no se ajusta al proyecto de prestación fijado en el contrato y produce una insatisfacción objetiva del derecho del acreedor distinta de la que derivaría del incumplimiento total<sup>123</sup>.

El Tribunal Supremo declara reiteradamente que la potestad concedida por el artículo 1154 CC está condicionada al hecho de que la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida, según declara la STS de 29 de noviembre de 1997 (FD 12.º):

«En las obligaciones con cláusula penal, como norma general, la pena estipulada sustituye a la indemnización de daños y al abono de intereses en caso de falta de cumplimiento de la obligación, si otra

<sup>119</sup> En este sentido, MAS BADÍA, ob. cit., pp. 64, 94 y ss., con cita del vigente artículo 1231 del Código civil francés, según el cual, en caso de cumplimiento parcial, el juez puede reducir la pena en proporción al interés que la ejecución parcial haya procurado al acreedor.

<sup>120</sup> Vid. TRIMARCHI, M.: *La clausola penale*, Milán, 1954, p. 135; y MAS BADÍA, ob. cit. pp. 86 a 104.

<sup>121</sup> Vid. LOBATO, ob. cit., p. 189.

<sup>122</sup> Sobre la lesión del derecho de crédito, vid. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...*, cit., pp. 647 ss.

<sup>123</sup> Vid. MANRESA Y NAVARRO, José M.ª: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII-1, Madrid, 1967, p. 571 y MORENO, Fausto: *Voz «Cláusula penal»*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, IV, Barcelona, 1952, p. 199.

cosa no se hubiere pactado (art. 1152 del Código civil), o sea, que la aplicación de la pena procede cuando el deudor incumple totalmente la obligación. En función de ello, viene establecido el artículo 1154 del mismo Cuerpo legal, con arreglo al cual el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor, o sea, que dicha facultad moderadora ha de actuar cuando, prevenida la pena para el incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento es parcial o irregular.»

Habrà de darse, afirma la STS de 23 de octubre de 1970, «como supuesto básico, un cumplimiento parcial o irregular de la obligación principal que hiciese procedente, por razones de equidad, la moderación de las consecuencias, puesto que de no suceder de tal modo, no supondría sino un cambio *a posteriori* de lo pactado, cosa bien distinta de lo que en dicho artículo se previene». Si hay incumplimiento total, no cabe moderar la pena, declara la STS de 21 de junio de 2004 (FD 3.º):

«Así las cosas, se revela imposible la moderación de la cláusula penal en base al artículo 1154, pues este precepto solamente lo permite en caso de incumplimiento no total (cumplimiento parcial o irregular). De lo contrario, es decir, abarcando el incumplimiento total, dejaría de tener sentido la consignación de los dos casos en que el juez modificará equitativamente la pena. Es en ellos donde cualquier desproporción entre el incumplimiento y pena ha de ser corregida equitativamente, porque el deudor no ha frustrado en su totalidad el interés del acreedor en el cumplimiento.»

Aplicando esta doctrina, la STS de 31 de octubre de 2006<sup>124</sup> aprecia incumplimiento total de la obligación principal, sin posibilidad de moderar la pena pactada, por los vendedores de un inmueble que no habían informado a los compradores de la exis-

---

<sup>124</sup> Antes de elevar a escritura pública un contrato de compraventa de vivienda, los compradores comprobaron que sobre ella pesaban cargas no contempladas, por lo que solicitaron la resolución del contrato y la aplicación de la cláusula penal inserta en éste, a cuyo tenor: «En caso de incumplimiento de contrato por causa imputable a la parte vendedora, el comprador podrá exigir judicialmente el cumplimiento del mismo o la devolución duplicada de la cantidad entregada en este acto». El Juzgado de 1.ª Instancia declaró: «Estamos ante arras penales, conclusión idéntica, por otro lado, a la que alcanzan los demandantes en su demanda. La anterior calificación jurídica conduce al artículo 1152 y siguientes del CC, y especialmente, a la posibilidad de moderar equitativamente la cláusula penal, lo que se considera oportuno en este caso [...]». La Audiencia anuló parcialmente la sentencia y condenó a los vendedores al pago de la pena sin moderación, ya que: «Si el artículo 1154 sólo permite moderar la pena cuando la obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida entendemos que no debe hacerse uso de tal precepto en este caso pues el incumplimiento de los vendedores debe calificarse como esencial, pues impedía entregar la pacífica posesión de la finca libre de cargas que es el contenido básico del contrato y comprometía la posibilidad de que el vendedor pudiese llegar a adquirir la propiedad de la finca, con lo que se frustraba el contenido básico del contrato celebrado». El TS de declara no haber lugar al recurso de casación.

tencia de dos anotaciones preventivas –una de demanda y otra de embargo– sobre dicho inmueble.

No obstante, incluso existiendo cumplimiento parcial o irregular, será preciso determinar si procede o no la moderación de la pena. A tales efectos hay que atender, ante todo, al tipo de incumplimiento, total o parcial, al cual se ha subordinado aquélla.

### 3.1 Pena convencional estipulada para incumplimiento total y definitivo

Será de aplicación el artículo 1154 CC cuando las partes hubieran pactado la pena para el caso de incumplimiento total y definitivo de la obligación principal, si el deudor la cumple sólo parcialmente, o de forma total pero defectuosa o irregular, siempre y cuando el acreedor acepte la prestación. Así pues, si el acreedor acepta el cumplimiento parcial o irregular y reclama la penal, el Juez podrá moderar su importe.

La doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo afirma que la moderación regulada en el artículo 1154 CC no procede cuando se produce el incumplimiento parcial o defectuoso para el que se hubiera previsto específicamente la pena, sino sólo cuando convenida para el incumplimiento total de la obligación, el cumplimiento es parcial o irregular (STS de 10 de mayo de 2001). Por tanto, «la cláusula penal se aplica por entero cuando la obligación se incumple por entero y sólo si se ha incumplido parcialmente, cumplimiento defectuoso, el Juez la moderará equitativamente» (SSTS de 7 de febrero de 2002, de 10 y 26 de marzo de 2009<sup>125</sup>). Conforme a la referida doctrina, la potestad judicial moderadora está limitada a los supuestos en que «la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», como establece el artículo 1154 CC (SSTS de 13 de julio de 1984, 29 de marzo y 21 de junio de 2004 y 29 de diciembre de 2009), pero sólo si tal incumplimiento no hubiera sido el pactado como supuesto para la aplicación de la pena convencional. En definitiva, declara la STS de 12 de diciembre de 2008 (FD 2.º):

«[...] lo que el artículo 1154 exige es que se divida la pena si se ha dividido, por decirlo impropiaemente, el cumplimiento; esto es, si concurre el incumplimiento previsto por las partes, pero cualitativa

---

<sup>125</sup> Las litigantes celebraron una promesa de contrato de comprar y vender una finca, e incluyeron una cláusula según la cual, si la compradora desistía, perdería el dinero pagado a cuenta del precio (70.000.000 de pesetas). Habiendo entregado la compradora la mitad del precio (35.000.000 de pesetas), desistió de la compra, pero reclamó la devolución de lo pagado. El TS de confirma la sentencia de la Audiencia que condenó a la compradora a perder la totalidad de la suma entregada.

o cuantitativamente degradado. Dicha doctrina ha sido sancionada por la jurisprudencia, de la que son manifestación, además de la sentencia citada en el motivo, las de 7 de febrero de 2002 –según la que se trata de evitar la injusticia que implicaría cumplir toda la pena cuando no se ha incumplido toda la obligación–, 20 de junio de 2007 –según la que «responde la mencionada norma a la idea de que cuando los contratantes han previsto la pena para un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de aquella si el deudor cumple en parte o deficientemente ésta» y que «precisamente por ello la jurisprudencia (sentencias de 10 de mayo de 2001, 5 de diciembre de 2003 y 14 de junio de 2006), por respeto a la potencialidad normativa creadora de los contratantes (art. 1255 del Código civil) y al efecto vinculante de la regla contractual», rechaza la exigibilidad de la moderación que el artículo 1154 establece cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación producido–, y de 13 de febrero de 2008 –que se remite a la de 14 de junio de 2006, para declarar que «cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes.»

Cabe, no obstante, que el acreedor rechace un cumplimiento parcial, en cuyo caso podrá reclamar la totalidad de la pena<sup>126</sup>. Por tanto, «no procede aplicar el artículo 1154 CC a las obligaciones indivisibles en las que sólo cabe el cumplimiento o incumplimiento total», afirma la STS de 21 de marzo de 1950. Lo mismo sucede siempre que la prestación realizada no se ajuste plenamente a lo pactado, el acreedor podrá rechazarla si no es idónea para satisfacer su derecho. Según la STS de 17 de diciembre de 2003, «[...] si el acreedor no está obligado a aceptar un cumplimiento parcial de la prestación ni otra distinta, tampoco lo está a conformarse con una prestación que no se ajusta a lo convenido, ni existe precepto legal alguno que le obligue a aceptar bajo reserva de exigir su corrección» (FD 2.º) [...]» El deudor no se libera del cumplimiento de la cláusula penal porque el acreedor no acepte la prestación que le ofrece si ésta no se ajusta a lo pactado» (FD 3.º). Pero, también declara la Jurisprudencia que el rechazo no es admisible en incum-

<sup>126</sup> En este sentido, la STS de 20 de marzo de 2002.

plimientos de poca entidad que permiten considerar la prestación como apta para satisfacer el interés del acreedor<sup>127</sup>.

### 3.2 Pena convencional estipulada para incumplimientos parciales o relativos. La denominada «pena comisoría»

Cuando el tipo de incumplimiento previsto como determinante de la prestación penal sea, precisamente, un cumplimiento inexacto de la prestación principal (parcial, defectuoso, tardío...), si el deudor incurre en el mismo, no procedería la reducción de la pena, salvo que se tome en consideración el grado real de cumplimiento inexacto en relación con el previsto. En resumen, cabría entender que la modificación del artículo 1154 CC debe realizarse cuando el incumplimiento realmente «producido» sea inferior, en cantidad o calidad, al incumplimiento «previsto». Al ser menor el incumplimiento, también la cuantía de la pena debe rebajarse para ajustarla a la situación real<sup>128</sup>.

La doctrina jurisprudencial se pronuncia claramente en este sentido. Dado que nos hallamos en materia sometida a la voluntad autónoma de las partes, advierte el Tribunal Supremo, no cabe moderación cuando el incumplimiento parcial era el previsto expresamente en la cláusula penal. Entre las sentencias más recientes<sup>129</sup>, cabe citar:

– STS de 20 de junio de 2007, cuyo FD 2.º declara:

«El artículo 1154 remite al juicio de equidad del Juez para la moderación de la pena convencional “cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor”. Responde la mencionada norma a la idea de que cuando los contratantes han previsto la pena para un incumplimiento total de la obligación, la equidad reclama una disminución de aquella si el deudor cumple en parte o deficientemente ésta. Precisamente por ello la jurisprudencia..., por respeto a la potencialidad normativa creado-

<sup>127</sup> Sobre la actual doctrina jurisprudencial relativa al «incumplimiento resolutorio», afirma la STS de 20 de septiembre de 2006 (FD 2.º): «[...] en la actualidad 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». En el mismo sentido, SSTS de 7 de mayo de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005, 31 de octubre de 2006, 17 de diciembre de 2008.

<sup>128</sup> Cuando la pena fuere establecida para el supuesto de un cumplimiento parcial o irregular, es obvio que si la obligación principal se cumple de esa forma parcial o irregular no cabrá moderación de la pena. Otra cosa es que el grado de parcialidad o irregularidad sean superiores al previsto, cual sucedería en caso de incumplimiento total de la prestación principal. *Vid.* ALBALADEJO, ob. cit., p. 485

<sup>129</sup> Ver también las SSTS de 20 de mayo de 1998, 15 de noviembre de 1999, 10 de mayo de 2001, 7 de febrero de 2002, 22 de octubre de 2002, 5 de diciembre de 2003, 20 de julio de 2005, 3 de octubre de 2005, 14 de junio de 2006, 23 de octubre de 2006, 20 de diciembre de 2006, 13 de febrero de 2008.



ra de los contratantes (art. 1255 del Código civil) y al efecto vinculante de la regla contractual (*pacta sunt servanda*: artículo 1091 del Código civil), rechaza la exigibilidad de la moderación que el artículo 1154 establece cuando la pena hubiera sido prevista, precisamente, para sancionar el incumplimiento parcial o deficiente de la prestación producido.»

– STS de 14 de junio de 2006 (FD 4.º)<sup>130</sup>:

«Es doctrina constante de esta Sala, que cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora del artículo 1154 del Código civil si se produce exactamente aquel incumplimiento parcial. Por ello, la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que como afirma la doctrina, “la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis”, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes.»

Pese a ser ésta la doctrina jurisprudencial mayoritaria, existen sentencias discrepantes que amplían el ámbito del artículo 1154 CC afirmando que éste permite corregir «cualquier exceso o desvío en la cuantificación o exigencia de la pena» y considerando que la moderación judicial en un supuesto de «configuración de un contrato por el juez»<sup>131</sup>. Por su parte, la STS de 4 de enero de 2007 confirma la reducción (en un 60 por 100) de la pena que había sido decretada de oficio por la sentencia recurrida, pese a la validez de la cláusula y a que se había producido el tipo de incumplimiento para el cual fue estipulada<sup>132</sup>, sin que se expliquen las razones de

<sup>130</sup> La mayor parte de los litigios se refieren a ventas de inmuebles con pago aplazado, aunque también hay casos de ventas a plazos de otros tipos de bienes. Así, la STS de 14 de junio de 2006 se refiere a una compraventa de acciones con parte del precio aplazado, los compradores abonaron 697.466.873 pesetas (4.191.860,33 euros) y dejaron de pagar 105.122.987 pesetas (631.801,88 euros). Según la cláusula penal estipulada: en caso de impago de uno cualquiera de los pagos previstos, quedará resuelta la presente compraventa quedando a favor de los vendedores las cantidades entregadas hasta el momento de la resolución. Decretada la resolución, los compradores, considerando exagerada la cláusula penal, piden que se les devolvieran 300.000.000 pesetas (1.803.036,31 euros). La sentencia recurrida, modera la cláusula penal en virtud del artículo 1154 del Código civil, porque se produjo un incumplimiento parcial del precio pactado, considerando que el grado de cumplimiento fue del 87 por 100. La STS de declara haber lugar al recurso y excluye la moderación de la pena.

<sup>131</sup> STS de 1 de octubre de 1990.

<sup>132</sup> Se refiere a un contrato de distribución por el que la compañía concesionaria distribuidora (actora) se compromete a vender bebidas por valor de una determinada cantidad de dinero al año bajo pena, si no lo consigue, de abonar la diferencia a la concedente. Producida la situación prevista para aplicar la pena, y obrando su importe en poder de la concedente, la distribuidora demanda a la concedente solicitando la anulación por error de la citada pena y la devolución de su importe (no reclamó su moderación y restitución de la

tal moderación. Se limita la Sala a anular la condena a restituir la parte de la pena que ya había recibido la demandada, y que excedía de la suma resultante tras la reducción judicial del importe de aquélla, porque el actor no reclamó tal devolución y el tribunal de instancia la había impuesto de oficio (FD 2.º):

«[...] como resulta de lo expuesto, la Audiencia Provincial no se limitó a moderar la pena convencional, sino que, por haberse producido anteriormente el desplazamiento patrimonial de la suma de dinero en que consistía, no sólo declaró el *indebitum*, sino que además condenó a “C.A., S.A.”, como *accipiens*, a restituir lo recibido con exceso, según dicha declaración. Impuso, así, una restitución que, aunque encuentre su causa originaria en la previsión moderadora del artículo 1154 del Código Civil, excedía del contenido imperativo de dicha norma, de modo que, conforme a las reglas generales, la condena a dar en que la moderación se tradujo no podía ser impuesta sin petición de parte (como se dijo, no formulada).»

En esta misma línea, algunas resoluciones del Alto Tribunal aplican el artículo 1154 CC a supuestos en los que el cumplimiento parcial era el previsto por las partes para aplicar cláusula penal. Ejemplo de ello es la moderación de penas convencionales, incluidas en contratos de *leasing*<sup>133</sup> o de compraventa a plazos<sup>134</sup> según las cuales, si el deudor deja de pagar un solo plazo, el acreedor podrá resolver el contrato quedándose con la parte del precio ya pagada.

En este contexto, ante todo, hemos de recordar el régimen propio de los contratos de venta a plazos de bienes muebles sometidos a la Ley 28/1998, de 13 de julio. Si el comprador incumple y el contrato se resuelve a instancias del vendedor, la propia Ley establece una penalización *ex lege*, de carácter imperativo y que sustituye a cualquier cláusula que las partes pudieran establecer al respecto<sup>135</sup>. Así,

diferencia). La Audiencia Provincial no anula la pena, pero la reduce de oficio de 15 a 6,5 millones de pesetas y ordena a la concedente restituir los 8,5 millones de diferencia. El Tribunal Supremo confirma la reducción de la pena (admitiendo, pues, la aplicación de oficio del artículo 1154 CC), pero no el deber de la demandada de restituir la diferencia, porque esta restitución no puede imponerse de oficio.

<sup>133</sup> Vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *ADC*, 1982, pp. 41 ss.

<sup>134</sup> En materia de bienes muebles, cuando se trate de contratos regulados por la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, habrá que estar a lo en ella dispuesto. Recordemos ahora que el artículo 11 dispone: «Los Jueces y Tribunales, con carácter excepcional y por justas causas apreciadas discrecionalmente, tales como desgracias familiares, paro, accidentes de trabajo, larga enfermedad u otros infortunios, podrán señalar nuevos plazos o alterar los convenidos, determinando, en su caso, el recargo en el precio por los nuevos aplazamientos de pago. Igualmente, tendrán facultades moderadoras de las cláusulas penales pactadas para el caso de pago anticipado o incumplimiento por parte del comprador».

<sup>135</sup> Vid. Díez-PiCAZO, L., «Cláusula penal...», cit., p. 406, quien añade: «aunque no excluye lógicamente la incidencia de las penalizaciones en la resolución como módulo de indemnización»..

conforme al artículo 10-1.º de la citada Ley, el «vendedor o prestamista tendrá derecho: a) Al 10 por 100 de los plazos vencidos en concepto de indemnización por la tenencia de las cosas por el comprador; y b) A una cantidad igual al desembolso inicial, si existiera, por la depreciación comercial del objeto. Cuando no exista desembolso inicial, o éste sea superior a la quinta parte del precio de venta al contado, la deducción se reducirá a esta última».

Por su parte, el artículo 13 de la Ley de Aprovechamiento por Turno de Bienes Inmuebles de Uso Turístico y Normas Tributarias se remite expresamente a la moderación judicial prevista en el artículo 1154 CC. Así, tras establecer (apartado 1.º) que «salvo pacto en contrario, el propietario tendrá una facultad resolutoria en el caso de que el adquirente titular del derecho de aprovechamiento por turno, una vez requerido, no atienda al pago de las cuotas debidas por razón de los servicios prestados durante, al menos, un año», añade que, «para llevar a cabo la resolución el propietario deberá consignar a favor del titular del derecho, la parte proporcional del precio correspondiente al tiempo que le reste hasta su extinción» (art. 13-2.º-1). Este deber del propietario podrá excepcionarse, ya que (art. 13-2.º-2) «mediante cláusula penal podrá pactarse la pérdida en todo o en parte de las cantidades que con arreglo al párrafo anterior corresponda percibir al titular del derecho resuelto. Todo ello sin perjuicio de la facultad moderadora de los tribunales establecida en el artículo 1154 del Código Civil».

Con independencia de estos regímenes especiales, la denominada «pena comisoría» tiene especial relevancia en contratos de compraventa inmobiliaria con pago aplazado, en los que se estipula la facultad resolutoria expresa del vendedor por impago de cualquiera de los plazos por el comprador, con el pacto añadido de que el vendedor retendrá los plazos percibidos, o parte de ellos, en caso de ejercitarse la resolución. Se trata, pues, de una excepción pactada a la regla general de la restitución de ambas prestaciones propia del mecanismo resolutorio<sup>136</sup>. Esta modalidad de pena pactada puede conducir, en determinados supuestos, a resultados excesivamente gravosos para el comprador ya que le penaliza en mayor medida cuanto más parte del precio haya pagado en el momento de la resolución. Se produciría, así, un beneficio desproporcionada-

---

<sup>136</sup> Para un estudio detallado de la «pena comisoría», *vid.* RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales)*, Sevilla, 1999. Señala este autor, pp. 556 a 558, que esta cláusula penal es una garantía lícita que, dada la posibilidad de ser inscrita en el Registro de la Propiedad, tendrá «trascendencia real», sin que constituya ningún derecho real limitado de garantía, cuya presencia determinaría legalmente la prohibición del comiso privado.

mente alto a favor del vendedor que lleva a un sector de la doctrina y la jurisprudencia a propugnar su moderación.

En este sentido, y pese a haberse pactado la pena para el caso de cumplimiento parcial, concretamente el impago de un solo plazo aunque el deudor haya pagado otros, algunas sentencias del Tribunal Supremo han decretado la reducción de la pena convencional en estos casos aplicando el artículo 1154 CC por apreciar la existencia de cumplimiento parcial o irregular. Así, la STS de 30 de marzo de 1999<sup>137</sup>, confirma la sentencia recurrida, que había reducido la pena convencional a la mitad, porque (FD 5.º):

«La dicción del artículo 1154 del Código civil no autoriza a condicionar su aplicación a los supuestos en que la obligación principal hubiese resultado totalmente incumplida –como se pretende en el recurso–, pues expresa con suma claridad que la modificación equitativa de la pena tendrá lugar cuando aquella obligación hubiera sido en parte o irregularmente cumplida» por el deudor, *supuesto éste que encaja plenamente en el de autos –en el que se dejó de satisfacer el resto del precio–*, y esto así, no cabe sostener la tesis mantenida en el recurso, *con lo cual y sin necesidad de mayores razonamientos*, es de concluir que el Tribunal *a quo* no infringió de manera alguna el tan repetido precepto [...].»

La apreciación de cumplimiento «parcial» en estas hipótesis no parece el fundamento adecuado para la reducción de la pena pues, conforme a lo previsto en el contrato, el impago de cualquier fracción del precio implica un «incumplimiento total» a los efectos de la aplicación de la pena<sup>138</sup>.

Otras sentencias tratan de justificar la aplicación extensiva del artículo 1154 CC declarando que la moderación es justa, pues la confluencia de resolución del contrato, devolución de la cosa y pérdida de las sumas pagadas es demasiado lesiva para el deudor. En esta línea se pronuncia la STS de 12 de febrero de 1998<sup>139</sup>, que con-

<sup>137</sup> Relativa a un contrato de compraventa de finca rústica con cláusula penal a cuyo tenor: «Si los compradores no cumplen con uno cualquiera de los pagos pactados hasta la fecha prevista, automáticamente pierden sus derechos y todas las cantidades ya pagadas aunque fuesen entregadas en su debido plazo... quedándose el vendedor con las cantidades ya pagadas y con el pleno dominio, derecho y título de la finca vendida». El contrato se resuelve por no haber pagado los compradores parte del precio cuando lo ya abonado ascendía a 11.000.000 de pesetas.

<sup>138</sup> SANZ VIOLA, Ana M.ª: *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, 1994, p. 105.

<sup>139</sup> Se trataba de un contrato de compraventa de un local con industria de restaurante en él instalada y en funcionamiento, por un precio de 600.000 marcos alemanes, de los cuales el comprador abonó la mitad al celebrar el contrato; la otra mitad debía abonarla en el plazo de un año con el siguiente pacto: «El impago de la cantidad aplazada llevará consigo la resolución de la venta, como condición resolutoria explícita, que, al amparo del artículo 1.504 del Código Civil, se pacta expresamente con carácter real. Bastará para ello el requerimiento de pago que el vendedor haga a los compradores y, si estos no realizan el pago en el término de treinta días a contar de la notificación, quedará resuelta la venta de

firma la disminución del 83 por 100 del importe de la pena moratoria prevista para el caso de resolución de la compraventa de un local por impago de parte del precio por el comprador. Resulta llamativo que el Tribunal redujera tan notablemente el monto de la pena cuando el comprador había poseído el local y explotado la industria en él instalada durante casi diez años. Por el contrario, en supuestos similares de resolución del contrato, la mayoría de las sentencias toman en cuenta el beneficio obtenido por el deudor durante el tiempo que ha disfrutado de los bienes y lo compensan rebajando el grado de moderación de la pena<sup>140</sup>. Esta solución es la adoptada por varias resoluciones de la Sala Primera, entre ellas, la de 12 de diciembre de 2006<sup>141</sup> que, confirmando la sentencia recurrida, reduce la pena al tercio de su importe teniendo en cuenta, de un lado, el tiempo en que el comprador tuvo en explotación el local y, de otro, el precio de la enajenación posterior del mismo por el vendedor.

Por último, señalar que no cabe plantear la reducción de la pena cuando, tratándose de obligaciones recíprocas, el contratante que reclama tal reducción tampoco haya cumplido sus deberes contrac-

---

pleno derecho y el vendedor retendrá y hará suya la cantidad hasta entonces entregada, en concepto de indemnización de daños y perjuicios y como cláusula penal que expresamente se pacta». Llegado el día del pago pactado, en marzo de 1990, los compradores incumplieron su obligación por lo que, por acta notarial fueron requeridos al pago o la venta quedaría resuelta, debiendo desalojar el local el comprador y haciendo suya el vendedor la cantidad satisfecha. El comprador ni pagó el precio ni desalojó el local. La acción de los vendedores fue acogida por el Juzgado de Primera Instancia que declaró resuelto el contrato de compraventa, ordenó el desalojo y decretó la pérdida por los compradores de los 300.000 DM abonados hasta el momento. La Audiencia Provincial redujo la suma indemnizatoria a 50.000 marcos alemanes y el TS confirma esta resolución.

<sup>140</sup> En este sentido se pronuncian numerosas SSTs, entre las más recientes, las de 9 de octubre de 2000, 28 de febrero de 2001, 28 de octubre de 2002, 15 de julio de 2003 y 20 de septiembre de 2006. Afirma la STS de 5 de diciembre de 2003 (FD 4.º): «La cláusula penal, como la prevista en el caso de autos, establece una pena: la pérdida de las cantidades pagadas en caso de resolución; obligación accesoria, que se ha dado en el presente caso. ... Lo anterior es decisivo a la hora de desestimar los restantes motivos de casación. El octavo, porque no se ha infringido la jurisprudencia, ya que el sentido de la cláusula penal, aceptada por las partes era su aplicación en caso de impago, aun parcial, del precio, lo que efectivamente se produjo. El noveno, porque no se ha infringido el artículo 1154 del Código civil porque, como se ha dicho, el juzgador de instancia ha tenido en cuenta el incumplimiento de la obligación de pago, previsto explícitamente en la cláusula penal y no se ha aplicado la moderación; y no sólo esto, sino que el comprador que no ha pagado el precio pactado y que aceptó la cláusula penal poseyó la finca desde 1989, hace catorce años y no es aceptable una moderación de la pena. El décimo, porque, en resumen y como conclusión, no puede aceptarse, a la vista del texto de la cláusula penal, a la vista de que es facultad discrecional del órgano de instancia y a la vista del largo tiempo del que tuvo disponibilidad de la finca en cuestión». En igual sentido la STS de 18 de octubre de 1985, que declara: «Dado el tiempo de disfrute del chalet por los demandados, cinco años, no parece excesiva la penalidad de dos millones de pesetas».

<sup>141</sup> El contrato de compraventa de un local con pago aplazado, contenía una cláusula penal según la cual, en caso de impago de alguno de los plazos por la compradora, la vendedora podía resolver el contrato perdiendo la compradora todo lo pagado hasta el incumplimiento.

tuales. En este sentido, la STS de 30 de abril de 2008<sup>142</sup> declara que la falta de moderación de la pena no vulnera el artículo 1154 CC si ambas partes han incurrido en el concreto incumplimiento previsto para hacer efectiva la prestación penal (FD 2.º):

«[...] tampoco se ha producido infracción alguna del artículo 1154 del Código civil porque [...] la sentencia de instancia ha apreciado, valorando correctamente la prueba e interpretando conforme a derecho la cláusula penal, que ambas partes han utilizado el nombre de LORAIN o LO.RA.IN., que es lo mismo, y, por tanto, a una y otra se aplica la cláusula, sin que se aprecie diferencia o disparidad alguna que justifique un tratamiento jurídico distinto.»

#### 4. INCUMPLIMIENTO TOTAL Y MODIFICACIÓN DE PENAS DESPROPORCIONADAS

La regulación de nuestro Código civil sobre la pena convencional difiere sustancialmente de la prevista en los Ordenamientos continentales europeos más cercanos al nuestro<sup>143</sup>, como el italiano, alemán, belga o portugués, que permiten su reducción no sólo cuando exista cumplimiento parcial de la obligación principal, sino también en caso de incumplimiento total si la pena fuere excesiva<sup>144</sup>.

<sup>142</sup> En este caso (*vid. supra*), la Audiencia Provincial había desestimado la demanda y la reconvencción por estimar que tanto los demandantes-reconvenidos, como los demandados-reconvenientes, habían incurrido en el incumplimiento previsto en la cláusula penal inserta en el contrato de sociedad civil, del que todos eran parte.

<sup>143</sup> *Vid.* MAS BADÍA, ob. cit., 165 a 200, donde se exponen las respectivas regulaciones en Derecho francés, belga, anglosajón, alemán, italiano y portugués; y DE CASTRO VÍTORES, Germán: ob. cit., pp. 31 ss.

<sup>144</sup> Estos textos disponen:

– CC italiano, artículo 1384: El juez puede disminuir equitativamente la pena, no sólo cuando la obligación principal ha sido efectuada en parte, sino también cuando la cuantía de la pena es manifiestamente excesiva, teniendo en cuenta siempre el interés que el acreedor tenga en el cumplimiento.

– BGB alemán, par. 343: La pena extraordinariamente alta puede ser reducida por sentencia a petición del deudor, a una suma adecuada. En el juicio de adecuación se ha de tomar en consideración todo interés legítimo del acreedor, no sólo el interés patrimonial. Sin embargo, esta regla no es aplicable a los contratos entre comerciantes (par. 348 HGB).

– CC belga (reformado por la Ley de 23 de noviembre de 1998), artículo 1231: El juez puede, de oficio o a instancia del deudor, reducir la pena que consista en el pago de una suma determinada cuando esta suma exceda manifiestamente el montante que las partes podrían fijar para reparar el daño derivado del incumplimiento del contrato. En caso de revisión, el juez no puede condenar al deudor a pagar una suma inferior a la que debería haber abonado de no existir la cláusula penal. La pena puede reducirse por el juez cuando la obligación principal haya sido parcialmente cumplida. Todo pacto contrario a las disposiciones de este artículo se tendrá por no puesto.

– CC portugués, artículo 812: El juez puede proceder a la reducción equitativa de penas manifiestamente excesivas.

– CC francés, artículo 1152-2.º, en su redacción actual (tras las reformas introducidas por las leyes de 9 de julio de 1975 y 11 de octubre de 1985): El juez, incluso de oficio, puede reducir o aumentar la pena que haya sido convenida, si es manifiestamente excesiva o irrisoria, teniendo por no puesta toda estipulación contraria a esta norma.

El Derecho francés vigente contempla, junto a la disminución de penas excesivas, el aumento de las irrisorias<sup>145</sup>.

Un principio similar aparece en el apartado sexto de la Resolución del Consejo de Europa de 20 de enero de 1978: «La pena estipulada puede ser reducida por el juez cuando resulte manifiestamente excesiva. Esta reducción puede hacerse cuando la obligación principal haya sido parcialmente cumplida. La pena no puede quedar reducida por debajo de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento».

Por su parte, el artículo 7.4.13 (2) de los Principios UNIDROIT, sobre contratos comerciales internacionales, dispone: «No obstante, a pesar de cualquier pacto en contrario, la suma determinada puede reducirse a un monto razonable cuando fuere notablemente excesiva con relación al daño ocasionado por el incumplimiento y a las demás circunstancias». Los autores de estos Principios señalan que la norma trata de evitar eventuales abusos. Afirman que el juez podrá reducir la suma pactada como pena, pero no excluirla totalmente; y tampoco podrá aumentarla cuando dicha suma sea menor que el daño efectivamente sufrido por el acreedor. Y añaden que es necesario que la suma estipulada sea «manifiestamente excesiva», es decir, que claramente así se perciba por cualquier persona razonable, atendiendo especialmente a la relación que exista entre la suma estipulada y el daño realmente sufrido<sup>146</sup>.

La moderación de la cláusula penal por razones de equidad también se prevé en el ya citado artículo 9:509 (2) de los Principios del Derecho Europeo de Contratos, conforme al cual: «Sin embargo, y aunque exista estipulación en contrario, dicha suma puede ser reducida a una cantidad razonable cuando sea notoriamente excesiva en relación con las pérdidas que resulten del incumplimiento y de cualesquiera otras circunstancias»<sup>147</sup>. Los profesores Lando y Beale<sup>148</sup>, miembros de la Comisión que elaboró estos principios, explican los motivos determinantes de la atribución a los tribunales del poder para reducir estipulaciones claramente excesivas. La idea inicial es que la total libertad de

<sup>145</sup> Vid. MAZEAUD, Denis: *La notion de clause pénale*, Paris, 1992.

<sup>146</sup> Vid. «Principios UNIDROIT», editado por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado y traducido por Alejandro GARRO, Roma, 2001, pp. 219-220.

<sup>147</sup> El apartado segundo del artículo 3:710 (Libro III) del Marco Común de Referencia, establece una regla similar: «*However, despite any provision to the contrary, the sum so specified in a contract or other juridical act may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances*».

<sup>148</sup> Ob. cit., pp. 454-455.

las partes, para fijar la suma a pagar por incumplimiento, puede conducir a abusos. Por tanto, cuando exista gran disparidad entre la suma fijada y la pérdida real sufrida por la parte perjudicada, el tribunal puede disminuir el *quantum* aunque, en el momento de celebrar el contrato, pareciera razonable. Dado que el propósito de la regla es controlar aquellas estipulaciones cuyo efecto resulte abusivo, el tribunal sólo puede ejercitar su poder moderador cuando esté claro que la cantidad estipulada es sustancialmente más alta que el daño real. Además, esta facultad judicial debe respetar la voluntad de las partes de establecer una medida disuasoria del incumplimiento y, por tanto, no cabe reducir el importe de la pena hasta hacerlo coincidir con la pérdida real. El tribunal deberá fijar una cantidad intermedia. Para determinar cuándo la suma estipulada es «notoriamente excesiva», el artículo 9:509 (2) ordena atender a dos criterios: la relación entre esa suma y la pérdida realmente sufrida por el perjudicado; y «cualesquiera otras circunstancias», entre las que los autores citados mencionan la posible conducta del agraviado en la causación del daño, por ejemplo, si no tomó las medidas razonables para mitigarlo.

Finalmente, recordar que en el sistema angloamericano de *Common Law* sólo son válidas las «*liquidated damages clauses*», esto es, las que realizan una valoración anticipada del daño derivado del incumplimiento. Si, por lo elevado de la suma estipulada como liquidación de daños, la cláusula fuera considerada por el tribunal una *penalty clause*, será anulada. De lo contrario, es decir, si la cuantía pactada se estima razonable, la cláusula será eficaz y no se permite su moderación judicial.

En el Ordenamiento español, el artículo 1154 CC sólo prevé la modificación de la pena en los casos de cumplimiento parcial o irregular. La cuestión es, ¿cabe su aplicación analógica al incumplimiento total cuando se estime excesiva la pena? La respuesta doctrinal mayoritaria es negativa. Se razona que si el fundamento de la reducción de la pena es la voluntad presunta de las partes de adecuar la pena al incumplimiento realmente producido, tal fundamento desaparece en caso de incumplimiento total<sup>149</sup>. Por elevada (o insuficiente) que resulte la cuantía de la pena fijada convencionalmente, se debe respetar la autonomía reconocida por la ley a los contratantes. No cabe la moderación judicial en caso de incumplimiento total porque las partes, al pactar la pena, pensaron en el incumplimiento total y evaluaron la pena para ese supuesto. Tampoco autoriza este precepto el incremento de las penas privadas que puedan

<sup>149</sup> ESPÍN, ob. cit., p. 164.



considerarse irrisorias, es decir, aquellas que cubran una parte muy pequeña de los daños realmente derivados del incumplimiento<sup>150</sup>.

#### 4.1 La reducción de penas excesivas

Como se ha dicho, la doctrina dominante afirma que el artículo 1154 CC no permite expresamente a los tribunales reducir una pena convencional porque sea excesiva<sup>151</sup>, pues la materia pertenece al ámbito de la autonomía de la voluntad. Únicamente cabe su moderación cuando, prevenida para un incumplimiento dado, éste resulta ser sólo parcial o irregular<sup>152</sup>. Se sostiene, asimismo, que la improcedencia de moderar la pena por excesiva se advierte en que el Código civil no impide pactar penas elevadas, pues permite la pena cumulativa (arts. 1152 y 1153 CC), en la que son compatibles indemnización ordinaria y pena, o cumplimiento de la obligación principal y pena.

En este sentido, la STS de 22 de julio de 2009 niega la moderación de penas excesivas y casa la sentencia recurrida porque (FD 2.º):

«[...] la reducción del importe de la pena respondió exclusivamente a que el Tribunal de apelación la consideró excesiva y necesitada de reducción, conforme a la equidad [y] el ejercicio de tal potestad moderadora, basada en la equidad, no respetó, como denuncia la recurrente, las normas citadas en los dos motivos que se examinan y, como resumen de todas ellas, la del artículo 3, apartado 2, CC. En efecto, la equidad, que ha de ser ponderada en la interpretación de las normas, no sirve de soporte exclusivo de las resoluciones judiciales sin que la Ley lo permita expresamente. Así lo establece el artículo 3, apartado 2, del Código Civil que, según queda dicho, utilizamos con síntesis de los preceptos invocados en los motivos del recurso de la demandada [...], y la jurisprudencia [...], sentencias de 8 de julio y 30 de diciembre de 1.993, 11 de mayo de 1.994, 3 de febrero, 28 de junio y 27 de noviembre de 1.995, 10 de diciembre de 1.997, 25 de mayo de 2.001, 20 de diciembre de 2.002, 28 de julio y 7 de diciembre de 2.006, 29 de octubre de 2.007, entre otras muchas.»

Al no existir en nuestro ordenamiento un precepto expreso que permita reducir una pena convencional exorbitante, se ha planteado

<sup>150</sup> MASIDE MIRANDA, José Enrique: «La cláusula penal», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Madrid, 2006, p. 531.

<sup>151</sup> A diferencia de lo previsto en el Proyecto de Código civil de 1851, cuyo artículo 1081-2.º sometía la pena a la limitación del artículo 1650, según el cual el «interés convencional no podrá exceder del doble del interés legal, y en lo que excediere, lo reducirán los tribunales a instancia del deudor». *Vid.*, GARCÍA GOYENA, ob. cit., pp. 862 a 865, donde comenta ampliamente esta norma.

<sup>152</sup> *Vid.* DíEZ-PICAZO, L., *Fundamentos...*, ob. vol. II, cit., p. 468.

el problema de los posibles abusos derivados de contratos, muy frecuentes en las últimas décadas, que encierran figuras crediticias (en especial el *leasing*)<sup>153</sup>, o contratos de compraventa a plazos de inmuebles, donde se incluyen cláusulas penales excesivas, especialmente las ya aludidas «penas comisorias», que denotan claro desequilibrio en las respectivas situaciones de los contratantes<sup>154</sup>. Ante esta realidad, se alzan voces que propugnan diversas vías para «resolver de manera justa o equitativa», el problema de las penas convencionales exorbitantes<sup>155</sup>.

Una de las soluciones propuestas consiste en la aplicación analógica, o la interpretación extensiva, del artículo 1154 CC, entendiendo que el mismo se limita a contemplar un supuesto de moderación, sin excluir otros, en particular en caso de desproporción entre la pena privada y el daño derivado del incumplimiento<sup>156</sup>. Se considera, pues, que la desproporción es el verdadero presupuesto objetivo de la modificación judicial de la pena<sup>157</sup>, por lo que la solución debe admitirse también para aumentar la pena excesivamente baja en relación con los perjuicios realmente sufridos por el acreedor. Sin embargo, otros autores rechazan esta propuesta<sup>158</sup> sosteniendo esencialmente que el fundamento del artículo 1154 CC se basa en la intención presunta de las partes de reducir la pena únicamente cuando el incumplimiento no sea total.

Tratándose de incumplimientos por culpa o negligencia, no dolosos, otro sector doctrinal propone la aplicación de la facultad moderadora reconocida a los tribunales, con carácter general, por el artículo 1103 CC<sup>159</sup>. Pero también esta solución es contestada por algunos autores aduciendo que el artículo 1154 CC, por

<sup>153</sup> Vid. UREÑA MARTÍNEZ, M., ob. cit.

<sup>154</sup> Se habla así del abuso de la posición de superioridad en la parte que concede la financiación frente al deudor, que acepta condiciones excesivamente gravosas.

<sup>155</sup> Tales propuestas están recogidas detalladamente por MAS BADÍA, ob. cit., pp. 212 ss.

<sup>156</sup> JORDANO FRAGA, F.: *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992, pp. 199 ss.; así como en: *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 349, afirma que el artículo 1154 CC puede aplicarse cuando no sea equitativo pagar toda la pena, porque las hipótesis que contempla, cumplimiento parcial o irregular, son sólo *ad exemplum*.

<sup>157</sup> En este sentido, RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., pp. 582 a 584, quien afirma: «Lo que está ordenando al juez [el art. 1154 CC] es una decisión en equidad en el citado supuesto, pero no impide que el juez efectúe dicha moderación (además, teniendo en cuenta el art. 1103 CC) en casos distintos de los descritos en esa norma».

<sup>158</sup> Entre otros, MAS BADÍA, ob. cit., pp. 214 ss.; DÁVILA, ob. cit., p. 465; RUIZ VADILLO, ob. cit., pp. 406-407.

<sup>159</sup> DÍAZ ALABART, Silvia: «La facultad de moderación del artículo 1103 del Código Civil», en ADC, 1988, pp. 1133 ss., entiende que, para remediar situaciones inequitativas en el caso de incumplimiento total, sería de aplicación el artículo 1103 CC. En igual sentido DÁVILA, ob. cit., p. 474. Por su parte, AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: *La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid,

ser norma especial respecto de la regla general contenida en el artículo 1103, impide la aplicación de éste en materia de moderación de cláusulas penales<sup>160</sup>. Se sostiene, además, que el artículo 1103 CC no es aplicable al incumplimiento regulado por una cláusula penal liquidatoria, donde, por definición, el régimen legal indemnizatorio es sustituido por la pena convenida por los contratantes y debe operar el principio *pacta sunt servanda* consagrado en el artículo 1091 CC<sup>161</sup>. En este sentido, y entrando de lleno en el análisis del artículo 1103 CC, afirma F. Pantaleón<sup>162</sup> que:

«La facultad judicial de moderación prevista en la proposición final del artículo 1103 podrá ser ejercitada por los Tribunales en aquellos casos de responsabilidad contractual no dolosa en que la cuantía de los daños derivados del incumplimiento, de tipos o clases que, en el momento de contratar, aparecían como previsible consecuencia de la falta de cumplimiento, resulte significativamente superior a la cuantía del daño previsto o previsible en aquel momento. Y sólo en tales casos. Atribuir a aquella facultad de moderación un mayor ámbito de aplicación supondría dejar al arbitrio judicial la posibilidad de hacer injustificada equidad en contra de los legítimos intereses de los acreedores, cuya causa no tiene por qué ser mirada con disfavor en un ordenamiento como el nuestro, en el que ni siquiera puede afirmarse la existencia de un principio general de *favor debitoris* (cfr. arts. 1127 ó 1289 CC).»

Basozábal<sup>163</sup> rechaza la posibilidad de aplicar el artículo 1103 CC por considerar que en su esfera no se incluye la moderación de penas excesivas, sino aquellos supuestos de responsabilidad sometida al régimen legal en los que los daños derivados del incumplimiento excedan con mucho de los que eran previsibles al celebrar el contrato, siempre que el incumplimiento no sea doloso, pues el artículo 1103 está relacionado con el trato favorable que el artículo 1107 CC dispensa, en materia indemnizatoria, al deudor de buena fe. Seguidamente, propone este autor la modera-

---

1993, pp. 117 ss., comparte esta tesis en relación con las penas cumulativas, pero no en caso de pena sustitutiva de la indemnización.

<sup>160</sup> La Sala Primera del Tribunal Supremo no suele acudir al artículo 1103 CC para moderar penas excesivas, aunque algunas sentencias lo aplican junto con el artículo 1154 CC, como la de 19 de febrero de 1990, porque se trataba de un caso de cumplimiento parcial; o la de 29 de marzo de 2004, en un supuesto de culpas concurrentes cuyo efecto compensatorio, afirma la Sala Primera, cabe moderar conforme al artículo 1103 CC.

<sup>161</sup> PINAZO TOBES, Enrique: «Cláusula penal contractual», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 16 de 1995, p. 372.; MAS BADÍA, ob. cit., pp. 228 a 230.

<sup>162</sup> PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991, pp. 1041 a 1043.

<sup>163</sup> BASOZÁBAL ARRUE, Xavier: *Estructura básica del préstamo de dinero*, Valencia 2004, nota 207.

ción de penas excesivas mediante una interpretación amplia del concepto de cumplimiento parcial del artículo 1154 CC y atendiendo al resultado final. Sería posible, afirma, moderar la pena cuando «la relación entre el daño previsible y la pena se altere sustancialmente al compararla con la relación existente entre el daño efectivo y la pena», siempre que la desproporción previsible reflejada en el contrato se haya alejado notablemente de la desproporción efectiva<sup>164</sup>.

Una ulterior propuesta de moderación de penas excesivas, concretamente de las penas «comisorias», se funda en el principio general que prohíbe el abuso del derecho, recogido en el artículo 7-2.º CC. Esta solución se considera adecuada para los casos más manifiestamente abusivos, reputando tales aquellos en que no hay límite alguno para la retención por el vendedor de los plazos abonados, de modo que en cualquier caso, incluso en el de cumplimiento de la mayor parte, el comprador perderá todo lo pagado<sup>165</sup>. Se propugna, pues, la aplicación de este principio con carácter general, independientemente de que se den o no las condiciones especiales previstas en la legislación protectora de los consumidores.

En la jurisprudencia, como ya ha quedado expuesto, la moderación de cláusulas penales vinculadas a la resolución por impago de alguno de los plazos, se lleva a cabo en ocasiones recurriendo al expediente de considerar que existió un cumplimiento parcial, por lo que se aplica la facultad judicial prevista en el artículo 1154 CC.

Fuera de estos casos, prevalece la línea jurisprudencial que niega la moderación de la pena en caso de incumplimiento total, «al no ser posible tampoco, con base en el citado precepto (art. 1154 CC), hacer una reducción o moderación de la pena pactada porque la misma pudiera ser considerada excesiva, toda vez que la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes», declara la STS de 29 de noviembre de 1997<sup>166</sup>. Claro exponente de esta doctrina es la STS de 1 de junio de 2009 (FD 2.º)<sup>167</sup>:

<sup>164</sup> Ob. cit., pp. 94 ss.

<sup>165</sup> Vid. RAMOS CHAPARRO, E., ob. cit., pp. 105 ss.

<sup>166</sup> La sentencia recurrida había reducido el importe de una cláusula penal moratoria a la mitad (de 300.000 pesetas por día de retraso en el desalojo de la finca vendida, a 150.000 por cada uno de los 66 días en que el vendedor se retrasó en la entrega de dicha finca), con la siguiente motivación: «teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, muy especialmente que el demandado resultó absuelto en tal sentencia penal, así como lo excesivo de la precitada cláusula penal». La STS de 29 de noviembre de 1997 casa dicha sentencia y ordena el pago de la pena moratoria sin reducción alguna.

<sup>167</sup> En el contrato por el que la demandante compró a los demandados las acciones representativas del capital de una sociedad anónima, de las que éstos eran titulares, los vendedores se obligaron, por un periodo de tres años desde la fecha del contrato, a no rea-

«[...]la moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que, como afirma la doctrina, la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis... En el caso que se enjuicia la Audiencia Provincial redujo la pena, no para adaptarla a una voluntad de las partes no expresada y presunta, sino porque le pareció desproporcionada y porque el incumplimiento al que la habían vinculado los contratantes, como una consecuencia querida, era de escasa entidad. La aplicación de la jurisprudencia cuya esencia ha quedado expuesta lleva a la conclusión de que el Tribunal de apelación hizo una indebida utilización de la potestad moderadora de la cláusula penal que atribuye el artículo 1154, al corregir sin justificación el resultado del ejercicio legítimo por los contratantes de su autonomía de voluntad, mediante una cláusula cuyo efecto vinculante ha de ser en el caso el mismo que el de las demás del contrato.»

Existen, no obstante, algunas excepciones que, remitiéndose a principios de justicia y equidad, moderan penas consideradas excesivas mediante la interpretación extensiva del artículo 1154 CC. Así, pese a considerar válida y exigible la prestación penal, reducen su cuantía, por entender, según declara alguna sentencia, que «*los intereses pactados eran tan altos como inicuos*»<sup>168</sup>. En concreto, la STS de 5 de noviembre de 1956 declaró que la facultad de moderar procede no sólo en casos de parcial o defectuoso cumplimiento, sino también «*cuando resulten desorbitados sus efectos en determinados casos*». Igualmente, la STS de 2 de diciembre de 1998 (FD 2.º)<sup>169</sup>, confirma la reducción de una cláusula penal moratoria porque la misma conduce a un «*resultado económico que en la*

---

lizar negocio competitivo, ni participar directa ni indirectamente en negocios que compitan con el negocio de la compradora, en los países en que ésta desarrolla su actividad al firmarse este contrato. Se incluyó una cláusula penal conforme a la cual, los vendedores «vendrán obligados a indemnizar al comprador por cada incumplimiento producido 200 millones de pesetas si el incumplimiento consiste en la edición directa o indirectamente a través de terceros o sociedades de una publicación en el ramo del automóvil». Los demandados constituyeron una Fundación, de la que son patronos, con fines fundacionales relacionados con el periodismo del motor en todas sus facetas, la cual, dentro del plazo de vigencia de la prohibición pactada, distribuyó un anuario de motor y produjo un libro sobre automovilismo. La sentencia recurrida, tras considerar que los demandados habían incumplido la obligación negativa asumida, declara que, por tratarse de incumplimientos «parciales y de escasa entidad» y ser la pena convencional «desproporcionada», procedía una moderación de la misma, en los términos señalados en el artículo 1154 CC, por la que la condena impuesta en la primera instancia a los demandados, pagar a la demandante 400 millones de pesetas, se redujo a la suma de 40 millones. El Tribunal Supremo, apreciando incumplimiento de la prohibición respecto del anuario publicado, pero no del libro, declara haber lugar parcialmente al recurso de casación y condena a los demandados en la suma de 200 millones de pesetas.

<sup>168</sup> STS de 9 de febrero de 1906.

<sup>169</sup> Esta sentencia aparece recogida al final de este trabajo, en el apartado titulado: «La jurisprudencia reciente: tendencias en el ejercicio de la facultad moderadora».

*conciencia del propio Tribunal le parece excesivo*». Por su parte, la STS de 1 de octubre de 1990 afirma que:

«La suma fijada por la Sala *a quo* en concepto de penalidad por retraso en la terminación de la obra, no atiende a datos matemáticos (número de días de retraso y cantidad asignada por día), sino que estos datos que la Sala maneja no son los decisivos para tal fijación, sino *exclusivamente el arbitrio moderador que concede al Tribunal el artículo 1154 del Código Civil, mandato para moderar equitativamente la pena*, y en cuanto la Ley remite a la equidad (artículo 3.2.º del mismo Código) es también una facultad de arbitrio respecto a la entidad de la moderación, por eso numerosa jurisprudencia indica que esta facultad no es susceptible de recurso de casación, es decir, no es ahora revisable..., por verificar con ello un juicio de equidad que no está sometido a reglas, ni a cómputos como los que pretende utilizar el recurso». Añade la Sala: «...la facultad de moderación antes mencionada es cosa distinta de la facultad que también tiene el Tribunal de apreciación de las pruebas, puesto que *la suavización judicial de la pena que regula el artículo 1154 es un supuesto que puede encajarse en lo que la moderna doctrina denomina “configuración de un contrato por el Juez”*...»

En estos casos, el ejercicio de la facultad moderadora parece buscar la «justicia del caso». Invocando el principio de equidad y manteniéndose, al menos teóricamente, dentro de los límites impuestos por los artículos 1152 a 1154 CC, el tribunal controla las penas pactadas por los interesados. Sin embargo, el artículo 1154 CC no autoriza a los jueces para moderar cuando en equidad lo crean procedente, sino sólo cuando exista algún tipo de cumplimiento inexacto de la prestación principal. El problema de las penas convencionales excesivas no está contemplado en el supuesto de hecho de esta norma y, mientras el legislador no la modifique (tal y como se prevé en el art. 1150 de la citada Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos), habrá de resolverse atendiendo al criterio de su validez. Así, ante una pena convencional desproporcionadamente alta, será preciso determinar si es válida o nula, cuestión que dependerá de: *a*) que pueda ser o no calificada de usuraria o abusiva (*vid. infra*); *b*) que respete o no los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC); y *c*) que carezca o no de causa material o real (no meramente formal) que justifique en su totalidad la atribución patrimonial que el pago de la pena conlleva (art. 1275 CC).

Ejemplo de los problemas causales que pueden afectar a las penas pactadas lo hallamos en las estipuladas para el caso, ya aludido, de resolución del contrato por incumplimiento del

deudor. La eficacia de estas penas no plantea cuestión alguna cuando se trate de una cláusula sustitutiva de la indemnización por daños, que cumpla una función liquidadora de éstos, ya que el propio Código civil (art. 1124) permite al acreedor optar por la resolución junto con la indemnización de daños causados por el incumplimiento. Y ello sin perjuicio de que la cuantía pactada como pena exceda de los daños realmente ocasionados, incluyendo, en su caso, el denominado valor de uso de la cosa por el deudor durante el tiempo previo a la resolución. Más dudosos parecen los supuestos en que la cláusula penal otorgue al acreedor, además del resarcimiento de daños, el mismo beneficio que si el deudor hubiera cumplido, es decir, el interés de cumplimiento, sin que él haya realizado su contraprestación, pues la resolución le permite recuperar la que hubiera realizado en su momento. Se produciría así una quiebra de la reciprocidad, propia de las obligaciones sinalagmáticas, que parece incidir no sólo en la cuantía del daño, sino en la propia causa de la prestación penal, o al menos de una parte de ella, en la medida en que suponga un enriquecimiento sin causa o injustificado del acreedor. En su ensayo sobre la cláusula penal y la resolución del contrato, el profesor Díez-Picazo<sup>170</sup>, concluye diciendo: «Me parece un fraude de ley aquel tipo de cláusula según la cual el acreedor que resuelve, se libera y, al mismo tiempo, obtiene por la vía de la pena, que es pena *stricto sensu*, la totalidad del interés que el cumplimiento le habría proporcionado».

La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos regula esta cuestión en su artículo 1149-2.º, a cuyo tenor: «Si el acreedor obtiene la resolución por incumplimiento, tendrá derecho a las indemnizaciones para el supuesto de aquella pactadas y a las penas convencionales pactadas para el cumplimiento retrasado». La Propuesta considera, pues, compatible la denominada «indemnización convencional», sustitutiva de la indemnización legal de daños y perjuicios, con la resolución<sup>171</sup>. Sin embargo, tratándose de «pena convencional», con carácter estrictamente punitivo, la Propuesta sólo parece admitir su compatibilidad con la resolución del contrato cuando se trate de una pena moratoria.

Finalmente, cabe recordar que el artículo 87 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usua-

<sup>170</sup> «Cláusula penal...», cit., p. 408.

<sup>171</sup> Según el artículo 1203-2.º de la Propuesta: «Resuelto el contrato, quien haya ejercitado la acción resolutoria tiene derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento, conforme a lo dispuesto en los artículos 1205 y siguientes».

rios, de 16 de noviembre de 2007, incluye entre las cláusulas que, en todo caso, se consideran abusivas, aquellas que determinen «la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario»<sup>172</sup>.

Algunos autores echan en falta en nuestro Ordenamiento una norma codificada que permita al Juez reducir las penas convencionales desproporcionadas. En tal sentido, de Castro Vítóres<sup>173</sup> afirma que tal norma sería «dogmática y sistemáticamente conveniente, no una mera concesión a la equidad y al equilibrio», ni una medida de benevolencia con el deudor, pues la moderación judicial, «reservada a los casos de manifiesta excesividad, se convierte en el sello de garantía del ordenamiento, *civilizando* esta figura, para que, como sanción, y en armonía con la vertiente indemnizatoria, siga constituyendo un instrumento propio del Derecho civil».

La posibilidad de revisión judicial de penas excesivas se incorporaría a nuestro Código civil si prospera la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil elaborado por la Comisión General de Codificación. Ya hemos señalado que el artículo 1150 de dicho texto establece que el juez «modificará equitativamente las penas convencionales manifiestamente excesivas y las indemnizaciones desproporcionadas en relación con el daño efectivamente sufrido». La Propuesta, que viene a coincidir con la mayoría de los Ordenamientos europeos y los textos internacionales anteriormente mencionados, prevé una reducción de las penas excesivas o desproporcionadas en relación con el «daño efectivamente sufrido», pero no alude a otros criterios, como el de la previsibilidad del daño atendiendo al momento en que las partes pactan la cláusula penal. Tampoco menciona la posible moderación judicial de la pena en caso de cumplimiento parcial o irregular de la prestación principal por el deudor. En opinión de Marín García<sup>174</sup>, «esta omisión no es deliberada y se debe a un olvido de la Comisión General de Codificación, por lo que versiones futuras del texto harán referencia a ella sin perturbar su contenido actual».

#### 4.2 El incremento de penas irrisorias: la indemnización del mayor daño

La facultad de los tribunales de modificar la cláusula penal *ex* artículo 1154 CC no incluye el aumento de penas por ser su importe inferior a la cuantía del daño. Aunque el Código civil guarda silencio

<sup>172</sup> *Vid., infra*, el apartado dedicado a «Cláusulas penales abusivas y usurarias».

<sup>173</sup> *Ob. cit.*, pp. 115 y 148-149.

<sup>174</sup> *Ob. cit.*, p. 12.



sobre la posibilidad del acreedor de pedir el mayor daño, en términos generales, habrá que contestar negativamente a esta cuestión<sup>175</sup>, salvo que así lo hayan acordado las partes<sup>176</sup>. En efecto, el tenor literal del artículo 1152-1.º CC, al decir que la pena sustituirá a la indemnización de daños, salvo pacto en contrario, conduce a afirmar que la acción indemnizatoria está excluida cuando el acreedor ha optado por la pena.

La excepción a esta regla general es admitida, de forma muy extendida en la doctrina<sup>177</sup>, cuando el deudor incumpla dolosamente<sup>178</sup> y tal incumplimiento cause al acreedor daños superiores a los estipulados en la cláusula penal. Esta excepción, cuyo fundamento se sitúa en el artículo 1102 CC, conduciría a la aplicación del artículo 1107-2.º CC, siempre que el acreedor demostrase el incumplimiento doloso del deudor así como la existencia y cuantía de daños no cubiertos por la pena convencional. En consecuencia, el deudor respondería de todos los daños que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación». Además, se entiende que sería nula, por vulnerar el artículo 1102 CC, la cláusula penal en que expresamente se estipulase la imposibilidad de exigir una responsabilidad mayor en el supuesto de incumplimiento doloso<sup>179</sup>.

Fuera de los supuestos de pacto expreso o incumplimiento doloso, la jurisprudencia y la doctrina no admiten en general la reclamación del mayor daño. Una excepción a esta jurisprudencia constituye la STS de 12 de diciembre de 2006, relativa a un contrato de «arrendamiento de ganado», en el que se contenía una cláusula penal, conforme a la cual, el incumplimiento de este contrato por alguna de las

<sup>175</sup> Vid. Díez-PICAZO, *Fundamentos...*, ob. cit., p. 465.

<sup>176</sup> La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil, artículo 1147, establece expresamente que: «La fijación convencional de la indemnización impide al acreedor exigir una cantidad mayor por el daño excedente, salvo que otro hubiera sido el pacto de las partes».

<sup>177</sup> RUIZ VADILLO, ob. cit., p. 403; ESPÍN CANOVAS, ob. cit., pp. 166-167; RODRÍGUEZ TAPIA, ob. cit., pp. 564-565; ESPÍN ALBA, ob. cit., pp. 112-113; ORTÍ VALLEJO, ob. cit., p. 300.

<sup>178</sup> En palabras de GÓMEZ POMAR, Fernando: «Corolario del carácter sustitutorio es la limitación del alcance de la indemnización al importe de la pena, aun cuando los daños realmente producidos sean superiores, con la excepción del incumplimiento doloso, y siempre y cuando el incumplimiento producido corresponda al supuesto de hecho de la pena pactada y no sea un incumplimiento de naturaleza distinta» (vid. «El incumplimiento contractual en Derecho español», *InDret*, 3/2007, www.indret.com, p. 28).

<sup>179</sup> MAS BADÍA, ob. cit., pp. 93-94, comparte la idea de aplicar el artículo 1102 CC, por considerar ilícito el pacto de exoneración o limitación de la responsabilidad legal en caso de incumplimiento doloso. Por la misma razón, estima que en caso de cumplimiento parcial o defectuoso en que el margen de incumplimiento se deba a dolo del deudor, el juez no podrá reducir la pena si ésta es inferior a la cuantía en que se cifraría la responsabilidad legal; y aun cuando la pena supere el valor de los daños indemnizables legalmente, tampoco podría reducirla por debajo del límite constituido por la cuantía en que se traduciría la responsabilidad legal.

partes acarrearía el abono a la parte perjudicada de la suma de quinientas mil pesetas. Al vencimiento del contrato, el ganado devuelto por los demandados-arrendatarios a los actores se encontraba envejecido, enfermo y malnutrido y no era el mismo que el se había identificado y entregado cuando se celebró el contrato, por lo que los arrendadores reclamaron, y obtuvieron de la Audiencia Provincial, una indemnización superior a la convencionalmente prevista, que cubriera los daños realmente producidos. El Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida declarando:

«Interpretando la referida cláusula 10.<sup>a</sup>, dice la sentencia recurrida: “Desde luego el artículo 1281 del Código Civil, tras decir que ha de estarse al tenor literal de las cláusulas del contrato, si sus términos son claros, añade que si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Pues bien, en el presente caso, visto el considerable valor del ganado objeto del arrendamiento, era obviamente previsible que la falta de cumplimiento derivada de dicho contrato podría dar lugar a perjuicios muy superiores a la indemnización fijada en la estipulación: indemnización que, por otra parte, no estimulaba, por ello, la voluntad de cumplimiento, sino todo lo contrario. De ahí que aplicando criterios lógicos hay que concluir en que *la intención de los contratantes fue sólo la de fijar una indemnización genérica por la simple falta de cumplimiento de cualquiera de las obligaciones pactadas, sin perjuicio, además, de mantener la exigibilidad de la concreta obligación incumplida.*”

...*Dada la entidad del incumplimiento acreditado no puede entenderse, como pretende el recurrente, que su liquidación se satisface con la entrega de quinientas mil pesetas, cantidad fijada, como señala la sentencia recurrida, para un incumplimiento menor.* Otra interpretación de la repetida cláusula llevaría a que los deudores de la entrega del ganado quedarían libres mediante el pago de la cantidad señalada, de la entrega total o en gran parte de las cabezas de ganado objeto del arrendamiento; conclusión absurda que no puede recibir respaldo judicial”.

## 5. CLÁUSULAS PENALES ABUSIVAS Y USURARIAS

La excesiva onerosidad de la pena convencional, por sí sola, conforme a lo dispuesto en el artículo 1154 CC, no permite su reducción judicial, salvo en caso de cumplimiento parcial o irregular de la prestación principal. Ahora bien, como ya quedó apuntado más arriba, la cláusula penal que estipule una pena «abusiva» o «usuraria», carece de eficacia cuando se encuadre en alguna de estas categorías.

## 5.1 Cláusulas abusivas

Conforme al artículo 82-1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias: «Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato»<sup>180</sup>. Posteriormente, el apartado 4.º de este mismo precepto califica de abusivas, en todo caso, las cláusulas previstas en los artículos 85 a 90 de la Ley, ambos inclusive. Entre ellas, el artículo 85-6.º incluye: «Las cláusulas que supongan la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor y usuario que no cumpla sus obligaciones»<sup>181</sup>. Y también son abusivas, a tenor del artículo 87-6.º, las estipulaciones impuestas *unilateralmente* por el empresario, que impongan «obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor y usuario en el contrato, en particular en los contratos de prestación de servicios o suministro de productos de tracto sucesivo o continuado», entre las que incluye (en su párrafo final) la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente, o la fijación unilateral de «indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados». Por su parte, el artículo 88, al referirse a las

---

<sup>180</sup> La Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 10 bis-1), ya consideraba abusivas «todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley». Por su parte, el segundo inciso de la cláusula tercera de la llamada «lista negra», contenida en dicha Disposición Adicional Primera, calificaba de abusiva: «...la imposición de una indemnización desproporcionadamente alta al consumidor que no cumpla sus obligaciones». En relación con estas normas, *vid.* MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dir.: A. Menéndez, L. Díez-Picazo; Coord., J. Alfaro), Madrid, 2002, pp. 891 a 964.

<sup>181</sup> La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre Derechos de los Consumidores, publicada el 8 de octubre de 2008, en su Anexo III, punto 1, letra c) declara «presuntamente abusivas» las cláusulas que: «Impongan al consumidor que no cumpla sus obligaciones una indemnización significativamente superior al perjuicio sufrido por el comerciante». Esta cláusula, como todas las incluidas en el Anexo III, son denominadas «presuntamente abusivas» por el artículo 35 de la Propuesta de Directiva y aparecen definidas en este mismo precepto como aquellas que: «se consideran abusivas, salvo que el comerciante demuestre que no lo son, con arreglo al artículo 32».

«Cláusulas abusivas sobre garantías», dispone que: «En todo caso se considerarán abusivas las cláusulas que supongan: 1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido», si bien excluye de esta regla, presumiendo que no existe desproporción, los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica.

Estas normas, en la medida en que se refieren a cláusulas que impongan una indemnización al consumidor que no cumpla, deben ponerse en conexión con la cláusula penal regulada en los artículos 1152 y siguientes del CC, aunque el Texto Refundido no la menciona.

Así pues, en contratos con consumidores en los que se haya pactado una cláusula penal en detrimento del consumidor, ésta podrá ser considerada abusiva tanto si es sustitutiva de la indemnización de daños, como si es cumulativa, siempre que pueda ser calificada como «desproporcionadamente alta». En caso de haber sido la pena fijada unilateralmente por el empresario, se reputa abusiva cuando no se corresponda con los daños efectivamente causados. El artículo 85 de la Ley no define el concepto de indemnización «desproporcionadamente alta», ni señala en relación con qué parámetros habremos de medir la indemnización para calificarla de tal. Con anterioridad al Texto Refundido de 2007, algunos autores sostuvieron que lo más lógico sería comparar la cuantía fijada con los daños que en el momento de celebrarse el contrato fuera previsible que se derivarían de la falta de cumplimiento<sup>182</sup>. Sin embargo, a la luz del vigente artículo 87 de la Ley, parece más adecuado considerar que el daño contractual efectivamente producido al consumidor es la medida que nos puede indicar si la pena es abusiva o no.

Ahora bien, no toda indemnización previamente pactada por el mero hecho de tener un importe superior al valor que resulte de la tasación de los daños reales habrá de considerarse desproporcionadamente alta<sup>183</sup>, pues si la pena debiera limitarse a cubrir estrictamente el perjuicio real sufrido, la figura carecería de sentido, ya que en ese exceso está precisamente la finalidad de garantía que cumple. Con mayor frecuencia puede ser abusiva la cláusula penal por la que se estipule la acumulación de la pena convencional y la indemnización de daños y perjuicios. Dada la función manifiestamente punitiva de este segundo tipo de cláusula penal, incluso se

<sup>182</sup> En este sentido, y en relación con la Ley 12/1984, CAFFARENA LAPORTA, ob. cit., p. 1030; y ZUMAQUERO GIL, Laura: *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (Coord. A. Cañizares), Madrid, 2006, p. 287.

<sup>183</sup> Vid. QUICIOS MOLINA, Susana: *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord.: R. Bercovitz), Madrid, 1999, p. 903.

ha planteado si la misma no debería considerarse abusiva por contraria a la buena fe *ex* artículo 87, primer inciso, del vigente Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios<sup>184</sup>. Y, en todo caso, como ya se ha dicho, el propio artículo 87, en su apartado 6.º, determina el carácter abusivo de las estipulaciones por las que el empresario haya fijado unilateralmente «indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados».

El carácter abusivo de la cláusula penal, una vez declarado por sentencia judicial, determinará su nulidad y se tendrá por no puesta (art. 83-1 de la vigente LGDCU), pero no la nulidad de la obligación principal (art. 1155 CC), que se integrará conforme a lo dispuesto en las reglas generales.

Como ha quedado anteriormente señalado, en la jurisprudencia encontramos numerosas sentencias que resuelven conflictos relacionados con contratos de compraventa a plazos de inmuebles que imponen, en caso de falta de pago de alguno de esos plazos, la resolución del contrato y una pena convencional consistente en la pérdida por el comprador de lo ya pagado. Pero en muy pocos casos se plantea el posible carácter abusivo de la cláusula penal y la aplicación de la LGDCU<sup>185</sup>. A menudo, porque la cláusula no está recogida en condiciones generales; y cuando lo está, porque no se considera abusiva, sino válida, si bien algunas sentencias del Alto Tribunal admiten la aplicación del artículo 1154 CC, entendiendo que hay cumplimiento parcial del deudor, y moderan la pena.

## 5.2 Cláusulas usurarias

La jurisprudencia romana sancionó la nulidad de la cláusula penal cuando, añadida a un contrato de mutuo, escondía un contrato usurario (D. 22, 1, 44; 19, 1, 13). También las Partidas (Ley 40, título XI, Partida V) declaraban que si la pena se usaba para «*rescibir usura*», «*non es tenuto de pechar la pena el que fizo la promisión, maguer non lo cumpla al plazo*». Esta tradición se recoge en el artículo 1081-2.º del Proyecto de García Goyena<sup>186</sup>, que somete la cláusula penal a la limitación del artículo 1650, según el cual el interés convencional no podrá exceder del doble del interés

---

<sup>184</sup> En este sentido, y al comentar la Disposición adicional Primera de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, *vid.* CAFFARENA LAPORTA, *ob. cit.*, pp. 1024-1025.

<sup>185</sup> A pesar de haber sido dictadas bajo la vigencia de esta Ley.

<sup>186</sup> GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, pp. 581-582.

legal, y en el exceso «lo reducirán los tribunales á instancia del deudor».

El Código civil no recogió esta salvedad. La Ley de Represión de la Usura, en sus artículos 1 y 9<sup>187</sup>, en cambio, declara nulos los contratos de préstamo, así como toda operación sustancialmente equivalente, en los que se pacte un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado a las circunstancias, en los que concurran los requisitos que esta ley establece<sup>188</sup>.

Por consiguiente, cuando en uno de dichos contratos se inserte una cláusula penal, para el supuesto de cumplimiento tardío por el deudor, consistente en el pago de intereses moratorios, ante todo, será menester determinar si se trata o no de intereses usurarios conforme a la Ley de Represión de la Usura. En caso afirmativo, el efecto no será la disminución de la pena por razones de equidad, sino la nulidad del contrato en su totalidad, con la consiguiente nulidad de la cláusula penal. La cuestión consiste en determinar si esta Ley debe aplicarse con preferencia al artículo 1155 CC, de modo que los contratos con cláusula penal que estipule intereses moratorios usurarios serían nulos en su totalidad; o si debe mantenerse su validez suprimiendo la cláusula usuraria. Rodríguez Tapia considera posible apreciar nulidad sólo de la cláusula penal, subsistiendo el contrato, e integrar la laguna con la norma del artículo 1108 CC: el deudor deberá abonar los intereses legales<sup>189</sup>.

Según reitera la jurisprudencia, el mero hecho de estipular un *quantum* indemnizatorio claramente superior al valor de los daños efectivamente derivados del incumplimiento no confiere a la pena convencional carácter usurario. En este sentido, sin declarar usu-

<sup>187</sup> A tenor del artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura, serán nulos los contratos de préstamo con interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de una situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales. Conforme al artículo 9, esta Ley se aplicará también a «toda operación sustancialmente equivalente a un préstamo en dinero, cualquiera que sean la forma prevista en el contrato y la garantía que para su cumplimiento se haya ofrecido».

<sup>188</sup> Sobre los intereses usurarios, *vid.*, entre otros, LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio», *ADC*, 1994, pp. 5 ss.; ALBALADEJO, Manuel: «La nulidad de los préstamos usurarios», *ADC*, 1995, pp. 33 ss.; RUIZ-RICO RUIZ, José Manuel: «Comentario a los artículos 1108 y 1109 del Código Civil», *Comentarios EDERSA*, tomo XV-1.º, Madrid, 1989; LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «La deuda de intereses», *AAMN*, tomo XXXV; BASOZÁBAL ARRUE, X., *ob. cit.*; VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», *RCDI*, núm. 536, 1980.

<sup>189</sup> *Id.*, RODRÍGUEZ TAPIA, *ob. cit.*, pp. 560-561.

raria la pena pactada en el caso de autos, se pronuncia la STS de 14 de febrero de 2000<sup>190</sup> (FD 10.º):

«La imputación que se efectúa de contrato *leonino*, –en la perspectiva de la cláusula de *comisión de terminación*, que es lo único que cabe aquí examinar, carece de fundamento. Con la expresión *leonino*...se alude a aquellos contratos onerosos en que se estipulan todas las ventajas para una de las partes, y los inconvenientes para la otra, y también cuando existe desde el momento inicial de la perfección del sinalagma una exorbitante desproporción o desequilibrio entre las prestaciones de una y las correspondientes contraprestaciones de la otra... La calificación de un contrato o de una cláusula como leonina puede dar lugar a la declaración de nulidad, o en su caso a la corrección por desorbitada o desproporcionada, o a su moderación, en atención a los preceptos de los artículos 1255, 1275 y 7.1 y 2, 1258, y 1154, todos ellos del Código Civil, o, en su caso, a la aplicación de la Ley de represión de la Usura de 23 de julio de 1908, pero ninguna de dichas normas es de aplicación al caso de autos. Por un lado, la parte recurrente no proporciona base fáctica en que poder apoyar la alegación que se limita a hacer en forma prácticamente apodíctica, con olvido de la necesidad del adecuado soporte de hecho, pues si con la sola invocación de que un contrato es leonino pudiera burlarse el cumplimiento de las obligaciones libremente contenidas, la seguridad jurídica quedaría a merced de quienes voluntariamente quisieran cumplir tales obligaciones (Sentencia de 4 de febrero de 1976).»

Cabe señalar, por último, la matización realizada por la STS de 2 de noviembre de 1994<sup>191</sup> respecto del carácter usurario de la pena alegado por el recurrente (FD 6.º):

«Por último, no es precisamente afortunado el recurso a la Ley de Usura, porque depende en todo momento de la voluntad del obligado a pagar la pena su reducción o completa ineficacia, sólo tiene que cumplir lo que convino o estar efectiva y realmente dispuesto a hacerlo, actitud ésta que no se ha visto en los autos que la

---

<sup>190</sup> Los litigantes habían celebrado un contrato de «*management buy-in*» (compra por directivo), que incluía una «comisión de terminación» penalizando el abandono de la operación por los demandados con una comisión de 50.000.000 de pesetas más gastos de índole legal. Producido el desistimiento, los actores reclaman la pena pactada. La demanda fue estimada por la sentencia recurrida, que condenó a los demandados al pago de la suma estipulada y es confirmada por el Tribunal Supremo.

<sup>191</sup> Se trataba de la compraventa de un solar a cambio de 22 millones de pesetas y 5 locales a construir por el comprador en el plazo de 2 años, con pena de 100.000 pesetas por día de retraso en la entrega. El vendedor ofreció la entrega de locales distintos de los convenidos, por lo que el comprador se negó a recibirlos, y reclama el cumplimiento exacto del contrato y el pago de la pena moratoria. La sentencia recurrida estima la demanda, pero modera la pena estipulada, condenando al vendedor a abonar al comprador la suma de 20.000 pesetas diarias desde el 18 de septiembre de 1987 hasta la fecha en que sean entregadas las partes del inmueble convenidas una vez adaptado éste al proyecto inicial. Interpuesto recurso de casación por el vendedor, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, sin entrar a examinar la moderación de la pena porque el comprador no recurrió en casación frente a la sentencia dictada de la Audiencia Provincial.

haya tenido el que ahora se queja, después de tanto tiempo, de lo gravoso que es el pago de la pena, pretendiendo inútilmente que con base únicamente en ese dato cuantitativo se anule [...]»

#### IV. LA PENA MORATORIA Y SU MODERACIÓN

##### 1. LA PENA MORATORIA COMO MODALIDAD DE PENA CONVENCIONAL

Aunque el Código civil no contempla de modo especial la pena moratoria, es obvio que se enmarca en el ámbito de los artículos 1152 a 1155 CC como una modalidad de la cláusula penal regulada por dichos preceptos. Nos limitamos ahora a examinar las peculiaridades que presenta la pena moratoria en cuanto a su posible modificación por los tribunales *ex* artículo 1154 CC, remitiéndonos por lo demás a lo ya expuesto con carácter general sobre la cláusula penal y su revisión judicial.

Hablamos de pena moratoria cuando la lesión del derecho de crédito, a la que las partes subordinan la exigencia de la pena convencional, es el retraso en el cumplimiento de la obligación principal. A través de la pena moratoria se protege el interés del acreedor en un cumplimiento tempestivo, temporalmente exacto, de la obligación principal. En la contratación inmobiliaria, este tipo de cláusula tiene notable relevancia, especialmente en los contratos de obra<sup>192</sup>, arrendamiento, compraventa y permuta de suelo por vuelo edificado. En estos tres últimos, la pena de demora se pacta no sólo para el cumplimiento tardío de la prestación, sino también para el caso de retardo en la restitución del inmueble tras la extinción del contrato<sup>193</sup>.

Dado que la pena moratoria tiende a liquidar por anticipado el daño que pueda originarse si el deudor se constituye en mora, las partes suelen tener en cuenta al pactarla la eventual gravedad de este tipo de incumplimiento. En consecuencia, aunque puede configurarse como el abono de una cantidad alzada de dinero, lo cierto es que suele consistir en una suma determinada que deberá pagar el

<sup>192</sup> Vid. LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Resolución, cláusula penal y desistimiento en el contrato de obra», en *Estudios homenaje a Díez-Picazo*, vol. II, pp. 2317 ss.; y MARTÍNEZ MAS, Francisco: *La cláusula penal en el contrato de obra*, Madrid, 2005.

<sup>193</sup> Son frecuentes los casos resueltos ante los tribunales en los que una vez extinguido el contrato, como consecuencia de haber expirado el plazo o de la resolución por incumplimiento de la parte que tiene en su poder ya sea el inmueble arrendado o vendido, ya el suelo permutado, se retrasa ésta en restituirlo al otro contratante. Entre las más recientes, cabe citar las SSTs de 30 de abril de 2002, 8 de octubre de 2002, 3 de octubre de 1005, 7 de noviembre de 2006.



deudor por día (semana, mes, ...) de retraso en el cumplimiento de la obligación principal, adaptando así el importe de la pena al grado de retraso en el cumplimiento. Otra variante consiste en el pago de intereses fijados en un porcentaje diario, semanal, mensual, etc., del valor en dinero de la obligación principal<sup>194</sup>, pues nada obsta a que la cláusula penal adopte la forma de pacto de intereses<sup>195</sup>. Algunas penas, en fin, se configuran como una rebaja porcentual del precio, que el contratante tiene derecho a recibir, por cada día, mes, etc., de demora en el cumplimiento de la prestación que le incumbe.

En cualquiera de estos casos, la pena moratoria cumple una función sustitutiva y liquidatoria de la indemnización de daños y perjuicios derivados del retraso. El acreedor no tiene la carga de demostrar la existencia y cuantía de los daños ocasionados por el retraso, pues le basta probar que el deudor ha incurrido en mora respecto a la obligación principal. Pero, dado el carácter fijo de la pena, tampoco podrá, si no se hubiere acordado así, exigir mayor resarcimiento de daños por mora del deudor, aunque pruebe que la pena no resulta indemnización suficiente (art. 1152 CC)<sup>196</sup>. Rige, pues, el principio básico, común a todo tipo de pena convencional, así como su posible excepción: la pena sustituye a la indemnización legal de daños<sup>197</sup>, pero puede también desempeñar una función genuinamente punitiva si las partes acuerdan acumularla con la indemnización de los daños y perjuicios que se acrediten.

Por definición, la pena moratoria se aplica cuando la ejecución de la prestación principal, aunque tardía, es posible y el acreedor la acepta. En caso de incumplimiento total y definitivo, sin embargo, la responsabilidad del deudor, a falta de estipulación de las partes, quedaría sometida al régimen legal general. En efecto, por tratarse de una pena pactada exclusivamente para el cumplimiento tardío

---

<sup>194</sup> Así, en el caso resuelto por la STS de 27 de febrero de 2007, la pena moratoria pactada, para el retraso del contratista en construir la estación de servicio objeto del contrato de obra, consistía en el pago del 2 por 100 del importe total del presupuesto ofertado, por cada semana de retardo, sin que pudiera exceder, el total de la pena, del 20 por 100 de dicho presupuesto. La STS de 12 de enero de 1999 se refiere a un contrato de compraventa de materiales que permite al comprador exigir al vendedor una penalidad a razón del 1 por 100 del importe de cada partida, por semana o fracción de semana de retraso sobre el plazo de entrega contractual sin franquicia en el tiempo y con un tope máximo del 10 por 100 del importe total del pedido.

<sup>195</sup> En este sentido, GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 80; DÁVILA, ob. cit., p. 191, MAS BADÍA, ob. cit., p. 149, BLANCO GÓMEZ, Juan José: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid, 1996, p. 111.

<sup>196</sup> También el artículo 370 Cco, al regular el contrato mercantil de transporte terrestre, dispone: «Habiéndose fijado plazo para la entrega de los géneros, deberá hacerse dentro de él y, en su defecto, pagará el porteador la indemnización pactada en la carta de porte, sin que el cargador ni el consignatario tengan derecho a otra cosa».

<sup>197</sup> Vid. STS de 20 de diciembre de 2006.

de la prestación principal, la pena moratoria no sustituye a la indemnización derivada del incumplimiento total u otras clases de incumplimiento. En este sentido se pronuncia la STS de 21 de diciembre de 2006<sup>198</sup> al afirmar que no es aplicable la pena moratoria por haberse producido el incumplimiento total y definitivo del contrato de obra por el contratista, no el mero retraso para el que la pena estaba prevista, lo que determina que la indemnización a pagar por éste al dueño de la obra sea la establecida conforme a las reglas generales<sup>199</sup>.

Como consecuencia de estas ideas, cabe entender que la pena de demora es compatible:

A) Con el cumplimiento *in natura* o por equivalente (*id quod interest*) de la obligación principal.—Sin necesidad de pacto expreso, el acreedor podrá exigir el cumplimiento de la prestación y la pena moratoria. Ambas pretensiones son compatibles, porque la voluntad de las partes consiste en establecer una pena destinada a resarcir únicamente los daños que origina el mero retraso, pero no los producidos por la inejecución definitiva de la prestación. La peculiaridad más característica de esta modalidad de cláusula penal reside en que permite reclamar el cumplimiento de la obligación principal y, al mismo tiempo, de la pena. No procede, pues, invocar el artículo 1153-2.º CC ya que, si el régimen legal de la indemnización por mora (art. 1108 CC) es compatible con la prestación principal, pues sólo cubre los daños originados por el retraso en el cumplimiento de ésta, lo mismo ha de suceder cuando la pena convencional sustituye, por voluntad de las partes, a la indemnización legal<sup>200</sup>. Aquí la compatibilidad entre cumplimiento y pena no deriva de una norma legal ni de pacto expreso, sino de la naturaleza

<sup>198</sup> Las partes habían celebrado un contrato de obra que incluía una pena moratoria de seis millones de pesetas por mes de retraso en la entrega de la obra. El TS de confirma la sentencia de la AP que declaró resuelto el contrato por incumplimiento total del contratista, al que condenó a indemnizar los daños y perjuicios derivados de dicho incumplimiento. El FD 4.º declara: «En cuanto a los motivos 3.º y 4.º del recurso que ahora se estudia, y referidos a la cláusula de penalización por retraso en la ejecución, deben ser también aquí desestimados, pues no se trata en sí, en lo aplicado por los Órganos judiciales que han precedido en la decisión de este tema a esta Sala, de la aplicación de los artículos 1152 (y consecuentemente, del 1154, para su «moderación»), sino de la determinación de la indemnización por incumplimiento culpable, ..., y así se determina como tal indemnización (por los «perjuicios» habidos) en la Sentencia del Juzgado (que reproduce, siguiéndola, en este punto, la de la Audiencia), separándola de la liquidación del precio adeudado de la obra, por lo que no son operativos los demás aspectos que se refieren a la penalización (de la que, como sanción, no se habla por los referidos Órganos de la instancia), ya que se trata simplemente de aplicar una indemnización de daños y perjuicios (y así se dice expresamente, concretando éstos, en el fallo del Juzgado) por incumplimiento contractual, responsable, del contratista».

<sup>199</sup> En el mismo sentido, la STS de 23 de noviembre de 1999.

<sup>200</sup> Vid. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, ob. cit., pp. 284-285

jurídica de la pena moratoria: el supuesto para el que se ha pactado implica el cumplimiento, aunque, eso sí, retrasado.

En caso de cumplimiento forzoso por equivalente de la obligación principal, la jurisprudencia admite asimismo la compatibilidad de éste con la pena moratoria. Esta doctrina se recoge en la STS de 17 de diciembre de 2003<sup>201</sup>, conforme a la cual, la penalización, estipulada en una suma de dinero por día de demora en el cumplimiento de la obligación principal, habrá de abonarse desde la fecha en que debió cumplir el deudor hasta al día en que el cumplimiento devino objetivamente imposible.

B) Con la indemnización de daños y perjuicios derivados de incumplimientos de la prestación principal diferentes de la mora (por ejemplo, el cumplimiento parcial o el defectuoso), que habrán de regirse por las reglas contractuales (STS de 23 de diciembre de 2009) y, a falta de éstas, por las normas generales sobre responsabilidad contractual.

C) La pena moratoria puede ser incluso compatible con la indemnización de daños y perjuicios derivados de la mora, determinada conforme a los artículos 1101 y siguientes CC, siempre y cuando las partes así lo hayan estipulado, en cuyo caso estaremos ante un supuesto de pena cumulativa.

Para que el acreedor pueda reclamar el pago de la pena moratoria es preciso, obviamente, que el deudor incurra en mora<sup>202</sup>. La STS de 25 de enero de 2008 recuerda la necesidad de que el acreedor demuestre este extremo (FD 2.º):

«Es evidente que quien invoca la aplicación de una cláusula penal debe probar los hechos que autorizan a formular su pretensión, y corresponde al que niega su virtualidad la de los impeditivos de la misma; esto se traduce en que ha de ser la parte que interesa su cumplimiento la que soporte la carga de probar tanto de la realidad de ese retraso como que el mismo es imputable exclusivamente a la conducta de la contraparte, y a ésta... que no hubo dilación respecto de la fecha pactada, o que la demora existe, pero fue consentida por el acreedor, o que el retraso existió y no fue aceptado, pero resulta ajeno al deudor, al traer causa de un aumento de obra, –realización de obras no incluidas ni previstas en el contrato–, únicos supuestos en que la pena no puede exigirse.»

La mora se define como la situación en que se encuentra el deudor retrasado en el cumplimiento cuando, cumplidos los requisitos necesarios para ello, deba asumir una especial responsabilidad

<sup>201</sup> Como ya lo hiciera la STS de 26 de mayo de 1980.

<sup>202</sup> Sobre la mora del deudor, *vid.* Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996.

por su retraso<sup>203</sup>. Siendo la pena moratoria un sistema pactado de valoración previa de los daños derivados del retardo en el cumplimiento (sin perjuicio de su posible función sancionadora), su eficacia está subordinada a que se produzca la situación de «morosidad», o de «retardo jurídicamente relevante», que determine la responsabilidad del deudor. A tales efectos, interpretando el artículo 1100 CC, se suele entender que son requisitos necesarios para que el deudor quede constituido en mora: el carácter positivo de la obligación, la exigibilidad de la prestación, la liquidez de la deuda, la imputación al deudor del retraso en el cumplimiento y la intimación del acreedor, salvo en los casos en que la ley o las partes la hayan excluido.

Dos de estos requisitos, la liquidez de la deuda y la interpelación o intimación del acreedor, requieren ciertas precisiones en sede de cláusula penal moratoria.

1) Para entender producida la mora del deudor, ha sido tradicional la exigencia de liquidez de la deuda, conforme al antiguo brocardo *in illiquidis non fit mora*. La jurisprudencia del Tribunal Supremo vino declarando, durante décadas, que no puede estimarse la morosidad de las obligaciones consistentes en el pago de una cantidad cuando la determinación de ésta dependiera de un juicio previo encaminado a precisarla<sup>204</sup>. Aunque la doctrina mayoritaria aceptaba este principio, algunos autores han criticado duramente su aplicación indiscriminada<sup>205</sup>, en especial a casos en que acreedor y deudor están de acuerdo sobre la existencia de la obligación y sólo discrepan en orden a la cuantía: en este supuesto, como mínimo, debería considerarse que el deudor ha incurrido en mora respecto de la parte que reconoce adeudar<sup>206</sup>. En definitiva, la exigencia estricta de liquidez de la deuda ha causado durante largo tiempo un aumento innecesario de litigiosidad y graves perjuicios a los acreedores, especialmente en deudas de dinero. Actualmente la situación ha dado un giro notable, pues la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo ha suavizado su doctrina tradicional a partir de la sentencia de 5 de marzo de 1992. Conforme a esta nueva orientación, la regla *in illiquidis* opera cuando la relación entre acreedor y deudor pueda ser calificada como de cuenta corriente, o cuando no sea fácil determinar la cantidad realmente adeudada; pero no si el *quantum* principal debido es de fácil

<sup>203</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pp. 655 ss.

<sup>204</sup> STS de 5 de mayo de 1990.

<sup>205</sup> Vid. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G., ob. cit., pp. 527 a 334, alegando la falta de base legal y motivos de justicia material o necesidad práctica para seguir sustentando la aplicación de este brocardo, así como negando la posibilidad de una iliquidez absoluta de la deuda cuando ésta deriva de un contrato válido (cfr. art. 1273 CC).

<sup>206</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, cit., pp. 669-670.

determinación. Esta nueva doctrina se ha mantenido y acentuado en posteriores resoluciones del Alto Tribunal<sup>207</sup>. Siguiendo esta línea, la STS de 31 de mayo de 2006 (FD 6.º) declara:

«El séptimo y último motivo con el mismo fundamento que todos los anteriores, parte de la base de que en la sentencia recurrida se ha infringido la técnica jurisprudencial derivada del brocardo *in illiquidis non fit mora*. Este motivo debe ser desestimado. En efecto tiene dicho esta Sala, de una manera reiterada, que el referido brocardo, aplicado indiscriminadamente, es injusto y favorecedor de conductas torticeras de los deudores, pues les basta con negar la deuda o la cantidad reclamada para hacerla indeterminada [...] La jurisprudencia de esta Sala es reiterada en orden a la no aplicación automática de tal principio [...].»

2) Respecto de la constitución en mora del deudor cuando la obligación está garantizada con pena moratoria, se ha planteado la cuestión de si es necesaria la intimación del acreedor o si, por el contrario, la mora es automática<sup>208</sup>. La doctrina y la jurisprudencia se inclinan por la segunda alternativa: en este tipo de obligaciones, la mora se produce de forma automática, aunque la obligación no esté sometida a término esencial ni exista un pacto expreso de las partes al respecto (art. 1100-2.º CC). El mero hecho de asegurar una obligación mediante una pena moratoria es suficiente para considerar que existe un «pacto» tácito o implícito de mora automática, por el que las partes excluyen la necesidad de interpelación del acreedor al deudor. Se entiende que, establecida una fecha para que la cláusula penal opere, hay que presumir que los contratantes quisieron marcar un plazo automático de constitución en mora a

<sup>207</sup> SSTS de 1 de abril de 1997, 21 de mayo de 1998, 30 de julio de 1999, 31 de enero de 2001, 8 de marzo de 2002, 17 de febrero de 2004, 25 de marzo de 2004, 20 de febrero de 2005, 5 de abril de 2005, 15 de abril de 2005, 30 de noviembre de 2005, 20 de diciembre de 2005, 15 de marzo de 2006, 31 de mayo de 2006, 7 de noviembre de 2006. En esta línea, afirman las SSTS de 9 de febrero y 2 de julio de 2007 que: «...la comprobación empírica de que los relatados criterios tradicionales dejaban la aplicación de la sanción en manos del propio deudor, al que le bastaba con negar la deuda o discutir la cantidad reclamada para hacerla indeterminada, llevaron a la jurisprudencia a un nuevo planteamiento de la cuestión, conforme al que rechaza todo automatismo en la aplicación del brocardico *in illiquidis non fit mora*, a la vez que valora la razonabilidad de la oposición del deudor a aceptar como debida la cantidad que se le reclama».

<sup>208</sup> Sobre la constitución en mora del deudor de forma automática, en obligaciones recíprocas y pecuniarias, *vid.* DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema, *ob. cit.*, pp. 555 a 592. En el ámbito de los contratos mercantiles, la llamada «mora mercantil», regulada en el artículo 63 del Código de comercio, es automática. Conforme al primer apartado de este precepto, en los contratos que tuvieren día señalado para su cumplimiento, por voluntad de las partes o por ley, los efectos de la morosidad comienzan al día siguiente de su vencimiento. *Vid.* GÓMEZ CALERO, *ob. cit.*, pp. 151-154, quien considera que la posibilidad, prevista en los artículos 350-9.º y 370-1.º Cco, de incluir una cláusula penal moratoria en el contrato mercantil de transporte terrestre, puede extenderse a otros contratos mercantiles.

partir del cual se aplica la pena, precisamente porque desde ese instante dicha pena es exigible<sup>209</sup>.

Es cierto que el artículo 1100-2.º CC sólo exceptúa la necesidad de intimación (prevista en el art. 1100-1.º CC) «cuando la obligación lo declare expresamente», pero nada impide que los pactos de las partes puedan ser objeto de interpretación<sup>210</sup>. En este sentido, cabe acudir a lo dispuesto en el segundo inciso del propio artículo 1100-2.º CC, por cuya virtud cabe sostener que otro efecto de la pena moratoria consiste en producir la mora automática de la obligación principal por resultar, «de la naturaleza y circunstancias de la obligación», que el plazo de cumplimiento de la misma era determinante en el sentido del artículo 1100-2.º CC<sup>211</sup>. Así pues, existiendo pena moratoria, cuando se verifica el supuesto de hecho previsto por las partes –retraso en el cumplimiento de la obligación principal– la mora se produce automáticamente y, desde ese momento, la pena es exigible.

La doctrina jurisprudencial predominante en esta materia<sup>212</sup> se refleja en la STS de 25 de enero de 2008 según la cual, la eficacia de la cláusula penal no está condicionada a que concurran los requisitos legales de la mora, por lo que no se exige que quien reclama su aplicación efectúe el requerimiento previo, pues dado el carácter convencional de la pena (FD 2.º):

«[...] esta Sala ha reiterado que sustituye al régimen general de las obligaciones, de modo que su efectividad, [...] no precisa requerimiento o intimación (Sentencias de 17 de enero de 1967 y 13 de marzo de 1987) sino que sólo depende de que se pruebe el retraso y la culpa del deudor, [...] careciendo de trascendencia el régimen legal general de la mora en el cumplimiento de toda clase de obligaciones a que se refiere el artículo 1100 del Código Civil, que no sería pues aplicable al haber optado las partes por regular convencionalmente las consecuencias del retraso.»

A mayor abundamiento, añade el Alto Tribunal en esta resolución: incluso en la hipótesis de que fuera aplicable el régimen general de la mora, por un lado, «no puede ignorarse que el propio artículo 1100 CC contempla el carácter automático de la mora, sin previo requerimiento, cuando así se pactase»; y por otro (respecto a la infracción del último párrafo del art. 1100 CC), en la fecha en que se produjo la mora, el otro contratante había cumplido todas sus obligaciones contractuales, por lo que podía reclamar la pena

<sup>209</sup> RUIZ VADILLO, ob. cit., p. 400.

<sup>210</sup> Díez-PICAZO, L., *Fundamentos...*, ob. cit., p. 674.

<sup>211</sup> DÁVILA, ob. cit., p. 334.

<sup>212</sup> Entre otras, SSTS de 17 de enero de 1967, 13 de marzo de 1987, 5 de febrero de 1994, 26 de julio de 1997.

moratoria, sin que sea relevante su incumplimiento posterior, «que se encontraba ya justificado y era lógica consecuencia del previo retraso de la otra parte».

## 2. LA PENA MORATORIA Y EL ARTÍCULO 1154 DEL CÓDIGO CIVIL

Cuando el incumplimiento sancionado por la pena sea el retraso en la ejecución de la prestación principal, si el deudor incurre en dicho retraso habrá que entender, a los efectos de la aplicación de la cláusula penal, que hay incumplimiento total, por lo que no cabe su modificación *ex* artículo 1154 CC. Esta regla es reiterada por la jurisprudencia<sup>213</sup>, tal y como afirma la STS de 8 de octubre de 2002 (FD 5.º):

«[...] la estipulación recoge una cláusula penal moratoria, la cual, para su aplicación, no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que *el retraso pactado supone incumplimiento total*, que debe resarcirse con la cantidad estipulada, *sin que, por ello, sea aplicable la facultad de moderación del artículo 1154*, la cual tiene como presupuesto ineludible, impuesta al Juez como un deber imperativo por la ley, que el deudor cumpla en parte o irregularmente la obligación [...].»

En consecuencia, y por regla general, producido el retraso en la ejecución de la prestación principal, la jurisprudencia declara que no procede la modificación judicial de la pena *ex* artículo 1154 CC. Si el deudor no cumple a tiempo y se demora, la pena convenida será exigible en su integridad, pues durante el tiempo que dura el retraso se considera que la obligación ha resultado totalmente incumplida, no concurriendo por ende el supuesto de hecho contemplado en el artículo 1154 CC<sup>214</sup>.

Como eventual excepción se señalan las obligaciones de tracto sucesivo o de posible división<sup>215</sup>, que permitieran cumplimientos parciales aceptados por el acreedor, en las que la facultad moderadora de los tribunales podría operar<sup>216</sup>. En este sentido, la STS de

<sup>213</sup> Entre las más recientes, las SSTS de de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001, 27 de febrero de 2002, 30 de abril de 2002, 17 de diciembre de 2003, 29 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 3 de octubre de 2005, 7 de noviembre de 2006, 22 de noviembre de 2006, 20 de diciembre de 2006, 27 de febrero de 2007, 25 de enero de 2008, 13 de febrero de 2008, 23 de diciembre de 2009.

<sup>214</sup> *Vid.* STS de de 16 de octubre de 2008.

<sup>215</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: *Las obligaciones divisibles e indivisibles*, ADC, 1973, pp. 536-537. Sobre obligaciones indivisibles, *vid.* asimismo, CRISTÓBAL MONTES, A.: *Las obligaciones indivisibles*, Madrid, 1991.

<sup>216</sup> ESPÍN ALBA, ob. cit., pp. 90 a 94.

de 2 de junio de 1991 aprecia cumplimiento parcial, y modera la pena moratoria, porque el contratista, obligado a entregar treinta viviendas en la fecha fijada en el contrato, había entregado dieciocho dentro de dicho plazo. Así pues, salvo casos específicos de auténtico «retraso parcial o no generalizado», la pena moratoria no reúne los requisitos legales necesarios para su moderación y su reducción iría en contra de lo querido por las partes<sup>217</sup>.

Aplicando estos principios, habremos de concluir que la modalidad de pena moratoria consistente en el pago de una cantidad por día de retraso no es susceptible de modificación judicial al amparo del artículo 1154 CC, porque: a) el incumplimiento previsto en la cláusula se daría totalmente cada día de retraso y debe pagarse la suma pactada por ese período; y b) las partes ya han ajustado el monto de la pena a la entidad del retraso producido y debe aplicarse la regla *pacta sunt servanda*. Lo mismo puede predicarse en caso de que la pena se configure como el pago de intereses cifrados en un porcentaje diario de una determinada suma de dinero, por ejemplo, del valor de la obligación principal (o como la rebaja porcentual del precio a pagar por el acreedor) por cada día de demora del deudor. Además, si la cuantía de la sanción ha sido fijada en proporción a los días de retraso, existirá base segura para determinar la cuantía de la indemnización, sin necesidad de que actúe el arbitrio de la equidad judicial, a que se refiere el aludido artículo 1154 CC<sup>218</sup>.

Sin embargo, un sector minoritario de la jurisprudencia ha mostrado cierta tendencia a considerar que, respecto de la pena moratoria, el cumplimiento tardío es una forma de cumplimiento «irregular» y, por lo tanto, las penas moratorias pueden modificarse por virtud del artículo 1154 CC. Esta doctrina es merecedora de la crítica a que ha sido sometida, pues vulnera abiertamente el principio de la autonomía privada<sup>219</sup>. La modificación judicial prevista en

<sup>217</sup> Las mismas consideraciones son predicables de la cláusula penal moratoria inserta en contratos mercantiles.

<sup>218</sup> Vid. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 285.

<sup>219</sup> ESPÍN CÁNOVAS, ob. cit., pp. 167-168; ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, ob. cit., p. 285; ESPÍN ALBA, ob. cit., pp. 87 a 89; MAS BADÍA, ob. cit., p. 124. Otra parece ser la opinión de DE CASTRO VÍTORES, ob. cit., pp. 108 ss., que propugna no acudir a un automatismo absoluto en la aplicación de la pena moratoria, ya que también ésta puede ser adecuada o inadecuada, dependiendo de «su cuantía, del resultado que ofrece en función de la forma en que se organizó su funcionamiento y por las circunstancias que rodean su aplicación». En consecuencia, para valorar en cada caso concreto la conveniencia o no de moderar la pena moratoria, habrá que atender a la naturaleza del contrato, de la prestación demorada y de los bienes, pues la influencia que el tiempo ejerce en el cumplimiento de las obligaciones varía en función de tales circunstancias y de los concretos lucros cesantes que se derivan del retraso. Estima, asimismo, este autor necesario tener presente la actitud de las partes, no sólo el retraso desleal en la reclamación por parte del acreedor, sino también la posibilidad de éste de tomar alguna medida para minimizar el daño. Finalmente, defendiendo la aplicación del artículo 1258 CC a estos supuestos, que permite al juez poner a la penas un límite cuantitativo, «imaginando y poniendo en práctica, en definitiva, los ajustes



este precepto no es un mecanismo para reducir penas moratorias excesivas. Otra cosa es que éstas últimas puedan resultar nulas por contrarias a normas imperativas. Por tanto, deben someterse al triple control, expuesto anteriormente, sobre: el posible carácter usurario (conforme a la Ley de Usura) o abusivo (en caso de contratos con consumidores); el respeto a los límites impuestos por el artículo 1255 CC; y la existencia de causa real que justifique en su totalidad la atribución patrimonial que conlleva el pago de la pena.

Situación distinta es la que se produce cuando, habiendo sido estipulada la pena para el incumplimiento absoluto y definitivo de la obligación principal, el deudor no cumple en la fecha acordada sino en un momento posterior. La cuestión es, ¿puede el acreedor, que acepta la prestación tardía, exigir la prestación penal moderada *ex* artículo 1154 CC entendiendo que hay cumplimiento irregular de la prestación? Caben dos posibles soluciones. La primera, considerar que al no haberse producido el incumplimiento total previsto por las partes, no acabe aplicar la pena convencional porque lo impide el principio de interpretación restrictiva de la misma; por consiguiente, los daños y perjuicios derivados del retraso se deberán someter a las reglas generales sobre la responsabilidad contractual por mora del deudor. La segunda solución propuesta consiste en estimar que existe un cumplimiento «irregular», enmarcado en el artículo 1154 CC, por lo que se debe aplicar la pena convencional reducida<sup>220</sup>. Esta solución se acomoda bien a la *ratio* del citado precepto y parece latir en la STS de de 28 de septiembre de 2006, que confirma la sentencia recurrida afirmando (FD 3.º)<sup>221</sup>:

«[...] la indemnización establecida en la cláusula penal [...] se estableció para los supuestos de incumplimiento total del contrato, y en el caso examinado el retraso experimentado en el cumplimiento de la obligación de entrega no constituye un caso de incumpli-

---

que la buena fe habría exigido hacer a las partes y no han hecho, e incluso dejar sin aplicar la cláusula. Por lo demás, y dado lo resbaladizo de este territorio, una regla codificada de reductibilidad de la pena por exceso, sería de gran utilidad» (p. 115).

<sup>220</sup> *Vid.* GÓMEZ CALERO, ob. cit., p. 151; y DÁVILA, ob. cit., p. 332.

<sup>221</sup> Confirma la sentencia recurrida, según la cual la cláusula penal litigiosa estaba prevista para incumplimiento total y el retraso de cinco semanas en la entrega del inmueble vendido debe considerarse un cumplimiento irregular, que da lugar a reducir la pena pactada de 7.700.000 pesetas a 500.000 pesetas. El TS afirma en el FD 2.º: «...el escaso periodo de tiempo transcurrido entre la fecha prevista en el contrato y la entrega efectiva, las facilidades ofrecidas por la vendedora para que el comprador pudiese depositar sus enseres y el precio pagado por alquiler de otra vivienda durante ese periodo de tiempo y los gastos incurridos por esta causa, así como las molestias e incomodidades sufridas y que son consustanciales al retraso; circunstancias que operan de forma determinante para concretar los daños y los perjuicios sufridos y para fijar equitativamente la indemnización correspondiente, habiendo sido valoradas adecuadamente por la Sala *a quo* y conforme a la necesidad de ejercitar los derechos con arreglo a la buena fe, con la subsiguiente proscripción del abuso de derecho –artículo 7 del Código Civil–, así como de impedir dar carta de naturaleza al enriquecimiento injusto del comprador».

miento total del mismo, pues ni el plazo de entrega presenta un carácter esencial, ni permite llegar a semejante conclusión la brevedad del retraso. Siendo así [...] resulta adecuada la aplicación del artículo 1154 del Código civil, como también lo ha sido el uso de las facultades moderadoras de la pena realizado por el Tribunal de instancia[...].»

### 3. DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO TEMPORAL DE APLICACIÓN DE LA PENA MORATORIA

Es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo que en ningún caso cabe admitir situaciones de mora indefinida. Por ello, es necesario delimitar el tiempo en que ha de aplicarse la pena moratoria, estableciendo las fechas inicial y final para el abono de la misma. El día inicial se fija en el momento en que el deudor está obligado a ejecutar la prestación principal. El día final suele situarse en la fecha en que el deudor cumplió tardíamente su obligación o, a falta de tal cumplimiento, en la fecha de presentación de la demanda en que se pide la resolución del contrato, a partir de la cual desaparece la mora y el incumplimiento se convierte en definitivo<sup>222</sup>. Atendiendo a estas reglas, la STS de 30 de abril de 2002<sup>223</sup> (FD 8.º) sostiene:

«[...] la mora constituye una situación de carácter transitorio o temporal, pero *no indefinida* (en el sentido de *perpetua* o de *duración ilimitada*), por lo que por la prolongación en el tiempo se convierte en incumplimiento definitivo, sin que puedan coexistir ambas situaciones jurídicas porque son incompatibles. Además, dicha incertidumbre (o *interinidad*) no armoniza con la certeza necesaria para las condenas de futuro, las que por lo general, se aplican por la Jurisprudencia a las obligaciones a plazo (Sentencias de 25 de octubre de 1980, 24 de septiembre de 1984 y 18 de julio de 1997, entre otras), y sin que se den las características que en algunas ocasiones justificaron excepcionalmente la admisión de dicha condena en razón de las circunstancias concretas del caso (*ad ex*. SS de 19 de noviembre de 1954, 20 de mayo de 1982, 30 de junio de 1986), y mirando al principio de economía procesal y con el designio de evitar juicios reiterados (S. de 19 de noviembre de 1954). Frente a lo razonado no cabe invocar la regla *pacta sunt servanda*, que se aduce por la parte recurrida, porque dicho principio recogido en

<sup>222</sup> En este sentido, la STS de de 8 de octubre de 2002. Sin embargo, la STS de de 23 de diciembre de 2009 fija como día inicial la fecha de la sentencia dictada por el Juzgado de 1.ª Instancia.

<sup>223</sup> En cuanto a las condenas de futuro, afirma esta sentencia que, incluso durante la vigencia de la LEC 1881 que no las regulaba (a diferencia de la LEC 1/2000, que las regula en su art. 220), la Jurisprudencia siempre las ha admitido, por lo que no cabe reducirlas a las hipótesis previstas explícita o implícitamente en las leyes.

diversos preceptos del CC (1091, 1255, 1258, 1278) no permite establecer, ni menos cabe deducir en el caso, situaciones de mora indefinidas.»

En la misma línea, la STS de 17 de diciembre de 2003<sup>224</sup> limita el tiempo declarando que el deudor deberá abonar la pena correspondiente a los días transcurridos entre la fecha en que debió cumplir la obligación principal y aquella en la que el cumplimiento devino objetivamente imposible. Así, en su FD 3.º afirma:

«[...] La imposibilidad objetiva de cumplir no significa más que la extinción de la cláusula penal a partir de ese momento, porque raya en el absurdo pensar que tuviese una eficacia perpetua, dado que la imposibilidad de cumplir y por tanto el retraso en la entrega siempre existiría.»

Además, como señala la STS de 8 de octubre de 2002<sup>225</sup>, en cuanto a la delimitación del tiempo en que se aplica la pena moratoria pactada por día de retraso en el cumplimiento, es necesario descontar los días de retraso no imputables al deudor. En consecuencia, considera que la sentencia recurrida infringe el artículo 1152 CC porque (FD 5.º):

«[...] con seguimiento de la doctrina jurisprudencial concerniente a que las dudas sobre el alcance de la cláusula penal deben interpretarse con carácter restrictivo (entre otras, SSTS de 14 de febrero de 1998 y 6 de mayo de 1998), el motivo debe ser acogido por la vía de la transgresión del artículo 1152, en cuanto a la delimitación del tiempo en que se aplica, del que, obviamente, es preciso descontar los días de demora que no son imputables al contratista, pues otra respuesta sería exagerar indebidamente el alcance de la pena.»

En consecuencia conviene resaltar que la modificación *ex* artículo 1154 CC de la pena convencional no debe confundirse con el cómputo del tiempo de retardo imputable al deudor. A estos efectos, del número total de días de retraso en la ejecución de la prestación principal se deben *descontar* los días de demora que no puedan imputarse al deudor, sino a circunstancias ajenas al mismo (caso

---

<sup>224</sup> Referida a incumplimiento de un contrato con cláusula penal moratoria, consistente en el pago de una suma de dinero por día de retraso en el cumplimiento, en que la prestación debida devino imposible por causa imputable al propio deudor. La acreedora reclama el valor de la prestación imposible y el pago de la pena correspondiente a los días transcurridos desde la fecha en que debió cumplir el deudor hasta la fecha en que éste pague el equivalente.

<sup>225</sup> La cláusula penal inserta en el contrato de cesión de suelo por vuelo edificado, establecía que, «transcurridos tres meses de cada uno de los plazos estipulados sin que hubieren finalizado las obras, el cesionario abonará, en concepto de indemnización a la cedente la suma de 35.000 ptas. diarias». Producido el retraso, el comitente solicita la resolución del contrato y el pago de la pena moratoria.

fortuito, intervención de un tercero, mora del acreedor...), tal y como declara de forma unánime la jurisprudencia<sup>226</sup>. Lo contrario vulneraría la regla contenida en el artículo 1152-2.º CC, conforme a la cual la pena convencional sólo podrá hacerse efectiva respecto de incumplimientos exigibles conforme a las disposiciones del propio Código<sup>227</sup>. Correlativamente, cuando existen retrasos imputables a ambas partes, la jurisprudencia decreta su compensación<sup>228</sup>.

Por otra parte, la modificación, e incluso la no aplicación de la pena moratoria, son contempladas por la jurisprudencia en aquellos casos si en que los propios contratantes han alterado los supuestos que fueron la base de su estipulación. Como ya quedó dicho la relevancia de dicha alteración puede dar lugar a excluir la aplicación de la cláusula penal. En este sentido se pronuncian algunas sentencias del Tribunal Supremo que resuelven conflictos planteados respecto de contratos de obra con cláusula penal moratoria en los que a instancias del comitente se introducen, después de iniciada la construcción, variaciones en la obra inicialmente proyectada<sup>229</sup>. Según declara la STS de 29 de octubre de 2001 (FD 3.º):

«El motivo debe desestimarse en todo caso, aparte lo anterior, porque el cumplimiento de una cláusula penal presupone unas previsiones contractuales, que si varían, decae aquella cláusula; ésta

<sup>226</sup> En este sentido se pronuncia la STS de 18 de septiembre de 2008, en la que la Sala Primera señala la necesidad de descontar, a efectos de determinar el número de días en los que el demandado se había retrasado en la ejecución de la obra, el período de gracia previsto en el contrato y reiterando la interpretación restrictiva de las cláusulas penales.

<sup>227</sup> Salvo pacto de los interesados, cuando el retraso es parcialmente debido a caso fortuito, corresponde la moderación de la pena; si fuera totalmente debido a caso fortuito, no se aplicaría la pena.

<sup>228</sup> Afirma la STS de 15 de noviembre de 2000 (FD 3.º): «...así como los retrasos que fuesen por conductas atribuibles a ambas partes, quedan compensados, sin embargo, los que sean exclusivamente imputables a la Constructora –lo cual habrá de apreciarse en el trámite de ejecución de Sentencia–, según las bases que se reflejan en citado FD 2.º, provocará la aplicación del contenido punitivo de la cláusula decimocuarta pactada...». En igual sentido, la STS de 20 de mayo de 1998.

<sup>229</sup> Así, algunas sentencias del Tribunal Supremo excluyen la aplicación de la pena moratoria siguiendo la doctrina jurisprudencial según la cual, «la pena pactada sólo puede aplicarse si una vez establecida sigue aún en vigor al producirse el incumplimiento que sanciona, y no cuando se han alterado los supuestos en base a los cuales se pactó, pues si dichos supuestos se alteran, la eficacia de tal cláusula penal desaparece, y así es de estimar cuando convenida la entrega de determinadas obras en cierto día, luego resulta que el volumen de tales obras se aumentó y cambiaron los precios y hubo además exceso de obras, haciendo preciso un tiempo mayor que el estipulado». En este sentido, entre las más recientes, cabe citar las SSTS de 23 de mayo de 1997, 25 de noviembre de 1997, 20 de mayo de 1998, 30 de noviembre de 1998, 30 de marzo de 1999, 14 de diciembre de 1999 (el TS afirma que hubo novación modificativa), 3 de febrero de 2000, 15 de noviembre de 2000, 5 de marzo de 2002, 25 de enero de 2008. Por el contrario, la STS de 12 de junio de 1999 sostiene que el aumento de obra no revistió los caracteres necesarios para dar lugar a una moderación de la pena, por lo que declara la aplicación de ésta en los términos pactados.

es accesoria y si cambia la obligación que garantiza, la ejecución de la obra, no puede mantenerse invariablemente. En el presente caso, tal como declara, como hecho acreditado, la sentencia de instancia, “hubo modificaciones de obra, modificaciones de la proyectada que fueron planificadas [...] cuando ya había precluido tal plazo”, el previsto para ejecutarla y “cambios en la que ya había sido ejecutada [...] ajenas a la contrata, necesidad de derribo y posterior reconstrucción [...]”. Por tanto, variando esencialmente la obra, no cabe aplicar una cláusula penal que se refiere a la terminación de una obra proyectada, distinta de la acabada.»

Lo decisivo en estos supuestos es que la alteración del contrato haga imposible su ejecución en el plazo previsto, ya que de esta circunstancia depende la efectividad de la pena moratoria. Como acertadamente declara la STS de 27 de febrero de 2002 (FD 2.º):

«Cierto es que toda modificación o adición de obra suponen variación del proyecto inicial, por lo que no puede aplicarse la cláusula penal prevista para el retraso en la ejecución de dicho proyecto, pero ello en la hipótesis de que por la misma naturaleza de la nueva obra o por pacto de las partes no pueda llevarse a cabo en el plazo previsto en el contrato para la terminación de la total. De lo contrario se estaría legitimando al contratista para eludir la cláusula penal por cualquier modificación del proyecto. Si el contratista necesita más tiempo del pactado para terminar la obra, no hay razón alguna para que el retraso no esté penalizado, descontando por supuesto el que necesitó o se acordó para las adiciones o modificaciones.»

Se trata, en suma, de casos en los que el retraso en el cumplimiento no se estima imputable al deudor, sino al aumento pactado de la prestación principal. Por consiguiente, la pena se reduce proporcionalmente, sin que ello constituya genuina moderación *ex* artículo 1154 CC.

#### 4. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE: TENDENCIAS EN EL EJERCICIO DE LA FACULTAD MODERADORA

Recogemos a continuación un elenco de sentencias, dictadas durante los últimos doce años por el Tribunal Supremo, relativas a la modificación de la pena moratoria por virtud de la facultad judicial establecida en el artículo 1154 CC. El análisis de estas resoluciones, de las que se reproducen únicamente los fundamentos jurídicos, o sus fragmentos, con auténtica relevancia a los efectos de este estudio, revela ante todo la falta de una doctrina jurisprudencial unitaria en esta materia. De ahí que las sentencias aparezcan agrupadas en las dos tendencias presentes en la jurisprudencia: la

contraria y la favorable a la moderación judicial de la pena moratoria.

#### 4.1 Sentencias del Tribunal Supremo contrarias a la modificación de la pena moratoria

En la actualidad, a partir sobre todo de la STS de 29 noviembre de 1997, en la jurisprudencia del Tribunal Supremo predomina la doctrina según la cual, la pena moratoria no es susceptible de moderación, ya que durante el tiempo que dura la mora el incumplimiento es total, lo cual resulta inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular que requiere el artículo 1154 CC.

1.<sup>a</sup> STS de 29 de noviembre de 1997.—El demandado se retrasó 66 días en la entrega del solar litigioso, habiéndose pactado en el contrato una pena moratoria de 300.000 pesetas por día de retraso. La sentencia recurrida redujo este importe a la mitad por virtud de la facultad moderadora del artículo 1154 CC. La Sala Primera del Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación por aplicación indebida de dicho precepto, afirmando que la moderación no es posible porque la pena moratoria es incompatible con el incumplimiento parcial o irregular contemplado en el artículo 1154 CC (FD 12.º):

«[...] A dicha cláusula moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino sólo y exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal), pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuyo mero retraso, por sí solo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total.»<sup>230</sup>

<sup>230</sup> Finaliza afirmando: «[...] no cabe moderación alguna con arreglo al artículo 1154 del Código Civil, es evidente que la sentencia aquí recurrida ha hecho una indebida aplicación del mismo [...] al no ser posible tampoco, con base en el citado precepto, hacer una reducción o moderación de la pena pactada porque la misma pudiera ser considerada excesiva, toda vez que la cuantía de la misma fue libremente pactada por las partes».

2.<sup>a</sup> STS de 10 de mayo de 2001.—Casa la sentencia recurrida por haber reducido la cláusula penal moratoria, estipulada en el contrato de obra que vinculaba a los litigantes, a cuyo tenor: «En caso de incumplimiento del plazo de entrega por parte del contratista, se le penalizará a Construcciones 1.000.000 de pesetas si no ha sido entregado el día 21 de agosto de 1990, y así sucesivamente por cada semana de retraso hasta que se produzca la entrega de la obra». En esta sentencia, al igual que en la anterior, la Sala Primera del Tribunal Supremo proclama la incompatibilidad de la pena moratoria con la noción de incumplimiento parcial o irregular (FD 4.º):

«A dicha cláusula moratoria, que no está estipulada para el supuesto de incumplimiento de la obligación, sino sólo y exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la misma, *no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal), pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, cuyo mero retraso, por sí solo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total*».

3.<sup>a</sup> STS de 27 de febrero de 2002.—Frente a la demanda de la constructora solicitando la suma de dinero adeudada, como consecuencia del impago de certificaciones de obra ejecutada según contrato al efecto, los comitentes demandados opusieron la compensación de la cantidad correspondiente a la pena moratoria acordada (20.000 pesetas diarias) por no haberse ejecutado las obras en el plazo estipulado. La sentencia recurrida desestimó la demanda al considerar que la deuda reclamada se había extinguido totalmente por compensación entre lo debido por los demandados a la actora y lo debido por ésta a aquéllos en virtud de la cláusula penal establecida en el contrato. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso y, en respuesta a la pretensión del recurrente de moderación de la pena moratoria, afirma (FD 3.º):

«La moderación de la cláusula penal pactada [...] no puede practicarse por otro motivo, ya que los días a los que se aplica han quedado delimitados en la sentencia recurrida, descontando del total los que entendiendo no imputables al contratista. Dice al efecto la sentencia de esta Sala de 29 de noviembre de 1997: “no cabe la posibilidad

legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1.154 CC ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial irregular de la obligación... cuyo mero retraso, por sí sólo, es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1.154, ya que durante el tiempo de duración de la mora el incumplimiento fue total".»

4.<sup>a</sup> STS de 30 de abril de 2002.—El caso resuelto por esta sentencia se refiere a un contrato de cesión de suelo por vuelo edificado, por cuya virtud los cesionarios se obligaron a construir un nuevo edificio en el terreno cedido y entregar a las cedentes tres pisos, tres plazas de garaje y tres trasteros, en el plazo de treinta meses desde que tomaran posesión del solar, bajo pena moratoria consistente en abonar la suma de 15.000 pesetas diarias hasta que se realice tal entrega. El cesionario inició las obras pero fueron paralizadas por sentencias interdictales debido a la existencia, en el subsuelo del inmueble, de dos bodegas pertenecientes a terceros. Expirado el plazo de treinta meses, las obras seguían paralizadas y las cedentes reclamaron el pago de la pena moratoria hasta que los demandados cumplieran la prestación principal. La sentencia recurrida estimó totalmente la demanda, condenando a los demandados a abonar la pena pactada, sin moderación alguna, hasta la fecha en que entreguen los inmuebles acordados. Los demandados recurren en casación alegando: imposibilidad de la prestación (arts. 1272 y 1184 CC) y vulneración de la jurisprudencia aplicable a la condena de futuro impuesta por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación. Por un lado, confirma la sentencia recurrida y niega la existencia de imposibilidad de cumplir la prestación (FD 7.º). Por otro, acoge el motivo relativo a la condena de futuro (FD 8.º) y decreta que la fecha final de abono de la pena es la de presentación de la demanda. En cuanto a la moderación de la pena, el Tribunal Supremo afirma (FD 8.º):

«[...] la estipulación contractual recoge una cláusula penal moratoria que, para su aplicación, no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que el retraso pactado supone incumplimiento total que debe resarcirse con la cantidad estipulada, sin que, por ello, sea aplicable la facultad de moderación del artículo 1154 CC.»

5.<sup>a</sup> STS de 8 de octubre de 2002.—También este litigio gira en torno a un contrato de cesión de suelo a cambio de una suma de dinero (25 millones de pesetas) y vuelo edificado (el 20 por 100 de los pisos y el 20 por 100 de locales a construir en el terreno cedido). Debían construirse tres manzanas en tres fases: la primera man-



zana, en el plazo de dos años desde la obtención de la licencia de obra; la segunda manzana, en el plazo de dieciocho meses desde la finalización de la primera; la tercera manzana, en el plazo de un año desde que finalizara la anterior. El contrato incluía la siguiente cláusula penal moratoria: «Las obras deberán comenzar antes del día 15 de diciembre de 1988 y, en caso de que, transcurridos tres meses de cada uno de los plazos estipulados no se hubieren finalizado las obras, el cesionario abonará, en concepto de indemnización a la cedente, la suma de 35.000 pesetas diarias». El cesionario pagó los 25 millones de pesetas, pero no entregó los inmuebles, es más, dos años después de celebrado el contrato no había solicitado la licencia de obra. El cedente interpuso demanda solicitando la resolución del contrato y el abono de la pena. La sentencia fue totalmente estimada por el Juzgado de Primera Instancia, cuya sentencia fue confirmada en apelación.

El cesionario demandado interpuso recurso de casación alegando, en uno de sus motivos, que la sentencia recurrida vulneraba el artículo 1154 CC, porque no modera la pena moratoria. Este motivo es desestimado por el Alto Tribunal<sup>231</sup> declarando (FD 5.º):

«[...] la estipulación recoge una cláusula penal moratoria, la cual, para su aplicación, no requiere, por su propia naturaleza, la prueba del daño, de modo que el retraso pactado supone incumplimiento total, que debe resarcirse con la cantidad estipulada, sin que, por ello, sea aplicable la facultad de moderación del artículo 1154 (entre otras, SSTs de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001, 27 de febrero y 30 de abril de 2002), la cual tiene como presupuesto ineludible, impuesta al Juez como un deber imperativo por la ley, que el deudor cumpla en parte o irregularmente la obligación; [...]»

6.<sup>a</sup> STS de 29 de marzo de 2004.—El contrato de obra celebrado entre los litigantes había sido incumplido por ambos. La contratista interpuso demanda solicitando el pago de parte del precio de la obra realizada y el comitente reconvino reclamando el pago de la pena moratoria inserta en el contrato, consistente en el pago de 50.000 pesetas por día de demora en la entrega de la obra. Se declara probado que el retraso no era imputable exclusivamente al demandante (contratista), sino también, en cierta medida, a la dueña de la obra, por incumplimiento de su obligación de efectuar ciertos pagos, lo cual repercutió en las disponibilidades económicas del contratista para afrontar los trabajos constructivos. Por ello, la

---

<sup>231</sup> Aunque, como se mencionó más arriba, declara haber lugar parcialmente al recurso estimando infracción del artículo 1152 CC, «en cuanto a la delimitación del tiempo en que se aplica la cláusula penal, del que, obviamente, es preciso descontar los días de demora que no son imputables al contratista, [...]» (FD 4.º).

sentencia de la Audiencia Provincial apreció concurrencia de culpas y fijó el *quantum* de la pena en atención a los días de retardo imputables al contratista, pero no estima procedente la moderación de la pena pactada. El Tribunal Supremo confirma esta sentencia y niega la posibilidad legal de aplicar la moderación prevista en el artículo 1154 CC (FD 2.º):

«La facultad moderadora que otorga el artículo 1154 sólo opera cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor y aquí estamos ante un contrato de ejecución de obra en el que el contratista incumplió el deber asumido de entregarla en el plazo previsto en el contrato, y en estas relaciones jurídicas no cabe la posibilidad legal de aplicar la facultad moderadora y aquí se trata más bien de *cláusula estricta y exclusivamente penal moratoria al estructurarse sobre el mero retraso, lo que la hace inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular (artículo citado 1154 en relación al 1152), representando efectivo incumplimiento total.*

[...] el retraso en la entrega de la obra no se debió a culpa exclusiva del contratista, pero sienta que la conducta de éste no fue ajena y contribuyó al incumplimiento del término pactado, fijando su participación culposa en un veinticinco por cien. Teniendo en cuenta que el contratista responde él solo en los casos de retraso cuando el mismo se hubiera producido por causas a él únicamente imputables, lo que aquí no aconteció, como queda dicho, por lo que *nos encontramos ante supuesto de culpas concurrentes, con el consiguiente efecto compensatorio, [...].*»

7.<sup>a</sup> STS de 17 de noviembre de 2004.—Los litigantes habían celebrado un contrato de obra, bajo la modalidad «llave en mano», para la construcción de una estación de tratamiento de aguas residuales en la fábrica de papel propiedad de la empresa comitente. El contrato preveía la ejecución de la obra dividida en seis fases y, correlativamente, los plazos de pago del precio, así como una cláusula penal para el caso de retraso y deficiencias en la construcción. Al finalizar la quinta fase de la obra, la constructora reclama el pago y la dueña de la obra reconviene exigiendo la aplicación de la cláusula penal, por haberse producido sendos tipos de incumplimiento (defectos en la instalación y retraso en la entrega). La Sala Primera se limita a confirmar la sentencia recurrida, que había decretado la imposición del máximo pactado como pena moratoria (aunque el contrato de obra se hallaba aún en la quinta fase de su ejecución) negando la moderación de la misma. Rechaza, sin embargo, el Alto Tribunal la pretensión de la comitente de recibir,

junto a la pena convencional, la indemnización de daños conforme al artículo 1101 CC<sup>232</sup>, porque (FD 6.º):

«El artículo 1152 del Código Civil atribuye a la pena convencional una función liquidatoria de los daños, si otra cosa no se hubiera pactado [...] La función cumulativa sólo la cumple la cláusula penal cuando se hubiera pactado expresamente que el acreedor puede exigir la indemnización de los daños y perjuicios causados y probados y, además, la pena pactada.»

8.<sup>a</sup> STS de 3 de octubre de 2005.—El contrato de arrendamiento de una estación de servicio contenía una cláusula según la cual, en caso de resolución del contrato «el retraso de la arrendataria en dejar libre la estación de servicio devengará a partir del día quinto, una penalidad de 200.000 ptas. por día, y serán de su cargo todos los gastos que se generen». Resuelto el contrato y producido el retraso en el desalojo, la arrendadora reclama el pago de la pena, pretendiendo la demandada su moderación. La sentencia del Tribunal Supremo deniega esta pretensión por no concurrir el requisito de cumplimiento parcial o irregular exigido por el artículo 1154 CC (FD 6.º):

«[...] la facultad moderadora de los Tribunales requiere que la obligación garantizada con cláusula penal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor (art. 1154 del Código Civil), *sin que pueda operar cuando, como ocurre en el caso, se ha dado un incumplimiento total de la obligación* al permanecer CR., S. L. en la explotación de la gasolinera con suministro de otros proveedores y obteniendo los beneficios propios de la industria de titularidad ajena cuya posesión mantuvo injustamente.»

9.<sup>a</sup> STS de 7 de noviembre de 2006.—Resuelve esta resolución otro supuesto de retraso en el desalojo del inmueble arrendado, en este caso destinado a industria hotelera. Habiéndose pactado en el contrato una pena moratoria de 75.000 pesetas por día de retraso en la restitución de la industria una vez finalizado el arriendo, el arrendatario incurrió en una demora de 2.289 días. La Sala Primera del Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida y niega la moderación proclamando, como en sentencias anteriores, la incompatibilidad de la pena moratoria con el cumplimiento parcial o irregular exigido en el artículo 1154 CC (FD 5.º):

«[...] la jurisprudencia de esta Sala es constante al rechazar la moderabilidad de las cláusulas penales moratorias *por ser el mero*

---

<sup>232</sup> Alegando que la cláusula penal estaba prevista para el caso de un cumplimiento tardío y deficiente, aunque admisible, pero no como el producido, dada la entidad del atraso en la entrega y de la disminución del rendimiento objetivo de la estación de tratamiento de aguas residuales debido a los defectos que presenta.

*retraso, por sí solo, inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular contemplados en el precepto de que se trata [...].»*

10.<sup>a</sup> STS de 27 de febrero de 2007.—Por virtud del contrato de obra celebrado entre las partes, el demandante debía construir una estación de servicio para la demandada en un plazo determinado y, caso de no cumplirlo, se aplicaría una pena moratoria consistente en el pago del 2 por 100 del importe total del presupuesto por cada semana de retraso, sin que pudiera exceder del 20 por 100 de dicho importe. Frente a la demanda de la contratista reclamando parte del precio, la comitente reconvino alegando el retraso de dos meses en la entrega de la obra y solicitando la aplicación de la pena estipulada. La sentencia recurrida desestimó la demanda y estimó la reconvenición, aplicando la pena moratoria sin reducción alguna. El Tribunal Supremo casa parcialmente la sentencia, condenando a la demandada a abonar la parte del precio reclamada por la actora, y confirma la decisión en lo relativo a la pena de demora. En cuanto a la moderación de ésta, se limita a señalar (FD 4.º) que:

«En todo caso, parece que se pide la moderación equitativa de la pena, facultad que corresponde al Juzgador de instancia, que no la ha aplicado, después de establecida la penalidad, y cuyo criterio no se puede aquí revisar, a tenor del artículo 1154 CC [...].»

En el párrafo final de este Fundamento de Derecho, la Sala indica que, en ejecución de sentencia, habrá de tenerse en cuenta que la cláusula pactada no fija la penalización en el 20 por 100 del presupuesto, sino que marca un espacio entre el 2 por 100 y hasta el 20 por 100 como máximo, para concluir diciendo: «...y sobre el que se podrá aplicar la facultad moderadora dicha, en ejecución de Sentencia, partiendo, pues, del 2 por 100 de recargo semanal, sin rebasar nunca el tope establecido, del 20 por 100.». Pese al uso de la expresión «facultad moderadora», la sentencia no se refiere aquí a la aplicación del artículo 1154 CC, sino a la posibilidad de no fijar la pena en el máximo previsto por las partes, sino en un porcentaje inferior al 20 por 100 (aunque no por debajo del 2 por 100) del importe del presupuesto.

11.<sup>a</sup> STS de 17 de octubre de 2007.—Los litigantes acordaron, en el convenio regulador de su separación matrimonial, que la esposa abandonaría la vivienda conyugal (propiedad del esposo) en una fecha determinada, a partir de la cual «deberá abonar al esposo, en concepto de indemnización, la suma de 15.000 ptas. diarias por el tiempo en que prorrogue su estancia en dicha vivienda». No habiendo cumplido la esposa su deber de desalojar el inmueble en

la fecha prevista, el marido reclamó la indemnización pactada, que fue reducida por la Audiencia Provincial a 7.000 ptas. por día de retraso en la restitución de la finca. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por el ex esposo afirmando (FD4.º):

«Lleva razón el recurrente cuando afirma que no se puede ejercer la facultad de moderación al haberse incumplido una obligación que no permite el incumplimiento parcial. Como afirma nuestra sentencia de 14 de junio de 2006, “[...] La moderación procede cuando se ha incumplido en parte la total obligación para la que la pena se previó, de modo que como afirma la doctrina, *la finalidad del precepto no reside en si se debe rebajar equitativamente una pena excesivamente elevada, sino que las partes al pactar la pena pensaron en el caso del incumplimiento total y evaluaron la pena en función de esta hipótesis*, porque cuando se previó para un incumplimiento parcial, la cláusula se rige por lo previsto por las partes”. (Ver asimismo las sentencias de 5 de diciembre de 2003 y 20 y 21 de diciembre de 2006). En este caso, ha habido un incumplimiento total de la obligación de abandonar el antiguo domicilio conyugal, por lo que la Sala sentenciadora incurrió en los errores de interpretación denunciados por el recurrente, por lo que no debe mantenerse la moderación ejercida por la sentencia recurrida.»

12.<sup>a</sup> STS de 25 de enero de 2008.—En este caso, la entidad constructora reclamó el pago de parte del precio de las obras de rehabilitación realizadas en un inmueble y la dueña de la obra reconvinó pidiendo la aplicación de la pena moratoria estipulada en el contrato: 20.000 pesetas por día que excediera del plazo pactado para la ejecución de las obras. El Juzgado estimó la demanda y desestimó la reconvencción, por entender que la actora-reconvenida no había incurrido en mora dada la falta de intimación de la demandada-reconveniente y, en consecuencia, no procedía aplicar la pena moratoria. La Audiencia Provincial acogió en parte el recurso interpuesto por la demandada y revocó la sentencia en el único sentido de estimar la reconvencción y aplicar la pena aunque, eso sí, reduciendo su importe a la mitad de lo acordado. La demandada recurre en casación frente a esta sentencia, pero ninguno de sus motivos se dirige a combatir la reducción de la pena. La Sala Primera, aunque declara no haber lugar al recurso, recoge la doctrina contraria a la moderación de las penas moratorias y termina señalando la imposibilidad de aplicarla al caso autos por no haber sido recurrida en ese punto la sentencia de la Audiencia (FD 2.º):

«[...] la pena estrictamente moratoria, estipulada, como aquí acontece, exclusivamente para el supuesto del retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación, [...] ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipula-

do libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación, sin atender a la existencia de cumplimiento parcial o irregular, *excluyendo por este motivo la posibilidad de hacer uso de la facultad de moderación prevista en el artículo 1154 del Código Civil*, habida cuenta que [...] ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación [...] [lo que] no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria» donde el mero retraso, por sí solo, “es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154”. *Ahora bien, no se ha planteado ante esta Sala el uso, por la Audiencia de la facultad moderadora, por la que redujo la cuantía de la pena a la mitad (10.000 pesetas/día), por lo que tal pronunciamiento ha de ser mantenido ahora en casación en la medida que no ha sido recurrido por la parte demandada reconviniendo, única que ostentaba interés en hacerlo.»*

13.<sup>a</sup> STS de 13 de febrero de 2008.—Los litigantes habían celebrado un contrato de arrendamiento de inmueble que incluía una cláusula penal del siguiente tenor: «a partir de los dos meses de mora en el pago de la renta, y con independencia de los demás derechos y acciones que puedan corresponder al arrendador, y a la vista de los precedentes reseñados en los Expositivos, la renta pactada se incrementará, mientras dure la mora o no esté regularizada la situación, en un cincuenta por ciento». Resuelto el contrato por incumplimiento de la arrendataria, los arrendadores reclaman el pago de rentas debidas e incrementadas conforme a la pena moratoria transcrita. La sentencia recurrida, que anulando la del Juzgado rechaza la moderación de la pena moratoria, es confirmada por el Alto Tribunal (FD 2.º):

«Es claro que se trata de una cláusula penal estricta y exclusivamente moratoria, al contemplar el mero retraso, por más de dos meses, en el pago de la renta pactada. Así pues, *en la medida que se ha contemplado el incumplimiento por retraso, no puede pretenderse de aplicación la facultad de moderación que dispone el artículo 1154 del Código Civil.»*

14.<sup>a</sup> STS de 15 de octubre de 2008.—La sociedad demandante, como dueña de la obra y el demandado, como contratista, celebraron contrato de arrendamiento de obra por el que la primera encargaba al segundo la construcción de un horno de colada para fusión de frita (mezcla de arena y sosa para fabricar vidrio), en el que se estipuló la fecha de terminación de la obra, más una semana de bonificación, y «a partir de dicha semana se aplicará una penalización de un 2,5 por 100 semanal sobre el montante de la obra». Debido al incumplimiento del constructor, la comitente reclamó,

entre otros pedimentos, el pago de la indemnización prevista en la cláusula penal. La Audiencia Provincial, partiendo de la bilateralidad de los contratos de obra, considera acreditado que también la mercantil demandante incumplió el calendario de pagos retrasándose en ellos y, por ello, modera conforme al artículo 1154 CC la pena (concede 6.000.000 pesetas, en lugar de 16.630.893). La Sala Primera del Tribunal Supremo casa la sentencia declarando, en primer término, que la cláusula penal es exigible pese al incumplimiento de la actora, dada la entidad no decisiva de éste (FD 3.º):

«Esta Sala ha mantenido en sentencias de 4 de abril de 2.003 y 5 de diciembre de 2.007 que en las obligaciones con cláusula penal es presupuesto básico el cumplimiento o incumplimiento de la obligación principal. Siendo ésta una obligación bilateral, a su cumplimiento o incumplimiento se aplicarán las reglas específicas de ella; una de las cuales es la que se formula como necesidad de cumplimiento simultáneo, que significa que el acreedor de una obligación recíproca no puede exigir el cumplimiento al deudor, sin que él cumpla su respectiva obligación recíproca de la que es deudor; y, a la inversa, no puede alegar el incumplimiento (y exigir la aplicación de la cláusula penal) aquel que está a su vez obligado —obligación recíproca— y no ha cumplido: así, el deudor al que se le exige el cumplimiento y se alega el incumplimiento para aplicarle la cláusula penal, puede oponer la *exceptio non adimpleti contractus*, que se desprende de los artículos 1124, 1308 y especialmente del 1100 último párrafo, del Código civil que establece la compensación en caso de mora». Sin embargo, el caso aquí enjuiciado no está partiendo de un incumplimiento grave de la obligación principal de «Coloronda, S.L.», como pretende el recurrente pues no se trata un incumplimiento de la obligación principal de pago que permitiría no aplicar, según esta doctrina, la cláusula penal, sino de un incumplimiento defectuoso de la obligación principal (*exceptio non rite adimpleti contractus*) ya que el retraso en el pago no puede equiparse al no pago. La sentencia recurrida tilda este cumplimiento defectuoso de carente de entidad decisiva teniendo en cuenta la prueba documental y la actitud del demandado, que no reaccionó ante el retraso en el pago, por lo que partiendo de esta base fáctica, el recurrente incurre en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, pues parte de un supuesto de hecho diferente (incumplimiento grave de la obligación principal) para aplicar las consecuencias de la doctrina anteriormente descrita, cuando la sentencia recurrida declara probado un cumplimiento defectuoso de entidad no decisiva.»

En segundo lugar, la sentencia niega la moderación de la cláusula penal moratoria, porque (FD 4.º):

«[...] partiendo de su naturaleza de cláusula moratoria de la estipulada por las partes, al realizar la Audiencia Provincial una moderación de la misma teniendo en cuenta el cumplimiento defectuoso

por el dueño de la obra por el retraso en los pagos, se ha producido una infracción del artículo 1154 del Código Civil pues, producida la mora como incumplimiento total, no cabe la facultad moderadora del Tribunal. Por ello, de conformidad con lo establecido en el artículo 487.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe casarse la resolución recurrida, siendo deber de esta Sala, por el efecto positivo de la jurisdicción, asumir la instancia, con lo que procede conceder la totalidad de la cantidad pactada por mora en la cláusula penal, es decir, 16.630.893 pesetas, resultante de aplicar el 2,5 por 100 al monto total de la obra.»

15.<sup>a</sup> STS de 16 de octubre de 2008.—Mediante pacto transaccional entre la Corporación municipal actora (Ayuntamiento de Villafranca del Penedés), propietaria de una finca sita en dicho municipio, y la entidad poseedora de dicha finca (demandada), esta última se comprometió a desalojar el inmueble en una fecha determinada y se estableció la suma de 50.000 pesetas (300 euros) por cada día de retraso en dicho desalojo. Por su parte, la demandante asumió el deber de sacar a subasta la finca en condiciones que posibilitaran a la entidad demandada su compra. No habiéndose producido el desalojo de la finca dentro del plazo previsto, la Corporación municipal ejercitó acumuladamente una acción de recuperación de la posesión y una acción de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados de conformidad con la cláusula penal pactada. La Audiencia Provincial, revocando la sentencia de primer grado, redujo el *quantum* de la pena convencional por considerar acreditado que se había generado en la demandada la expectativa de un derecho a adquirir la finca —aunque no le correspondiera—, que «impide apreciar mala fe en su negativa a restituir la posesión en la fecha estipulada». La Sala Primera del Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto por la actora pues (FD 2.º):

«[...] el tribunal sentenciador, pese a pactarse claramente una pena por mora como sanción para el caso de retraso en la entrega de la finca, cuya eficacia dependía tan sólo de la constatación de la dilación —lo que es incuestionable—, lejos de aplicar la sanción en su integridad (50.000 pesetas diarias a partir de la fecha pactada para la restitución) —como era voluntad de las partes—, procede a mitigar el rigor de lo pactado haciendo un uso indebido de la facultad prevista en el artículo 1154 del Código Civil con la excusa de que el pacto 7.º generó una expectativa de derecho que al menos sirvió para eliminar la mala fe del deudor y sembrar la duda en la conducta del acreedor, cuando, por el contrario, la doctrina expuesta proscribire la utilización de la facultad moderadora en supuestos como el de autos en que el retraso *per se* equivale a un incumplimiento total de la obligación, ya que dicho incumplimiento total, según se ha dicho, es inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial



o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154 del Código Civil.»

16.<sup>a</sup> STS de 19 de febrero de 2009.— La mercantil contratista entregó los edificios construidos después de haber vencido el plazo contractualmente establecido y sin realizar todos los remates ni reparar los desperfectos que la dueña de la obra había denunciado. Ante tales incumplimientos, esta última reclamó por vía reconvenicional, entre otros pedimentos, el pago de la pena moratoria convenida. La sentencia recurrida, en lo que aquí interesa, considerando que la constructora reconvenida no había cumplido el contrato de ejecución de obra y había incurrido en mora en la observancia de sus obligaciones, la condenó al pago íntegro de las penalizaciones pactadas, «que ascienden a 841.867,71 euros, más las aplicables desde enero de 2002 hasta la fecha de la sentencia y su ejecución, a razón de 2.554,30 euros por día». La mercantil constructora interpuso recurso de casación frente a este pronunciamiento alegando, en uno de sus motivos, la vulneración de los artículos 1152 y 1154 CC, pretendiendo la aplicación de la facultad moderadora de la pena y la exclusión de la misma durante los treinta días siguientes a la fecha en que recibió la lista de repasos y a partir de la fecha en que se le comunicó que otra empresa se haría cargo de la ejecución de los remates. El Alto Tribunal confirma la sentencia de la Audiencia declarando (FD 7.º):

«La sentencia recurrida sostiene que la facultad de moderación prevista en el artículo 1154 del Código Civil tiene carácter imperativo y no facultativo, pero que este derecho se prevé para el caso de cumplimiento parcial o irregular y no a un supuesto retraso en la entrega de la obra, donde no es posible un cumplimiento parcial o irregular, y en efecto, la doctrina jurisprudencial es constante en rechazar la moderación de las cláusulas penales moratorias por ser el mero retraso por sí solo inconciliable con los conceptos de incumplimiento parcial o irregular contemplados en el precepto de que se trata (entre otras, SSTS de 29 de noviembre de 1997, 10 de mayo de 2001, 27 de febrero de 2002 y 29 de marzo de 2004).»

17.<sup>a</sup> STS de 23 de diciembre de 2009.—La sociedad Estación de Servicio R. y Shell España S.A celebraron, en marzo de 1997, un contrato de arrendamiento de industria, compra en exclusiva de carburantes y abanderamiento. Debido al incumplimiento del deber de compra en exclusiva por parte de la arrendataria, la arrendadora optó por la resolución del contrato mediante comunicación de fecha 5 de julio de 2002, con la consiguiente obligación de la arrendataria de desalojar y restituir la estación de servicio objeto del contrato, con todas sus instalaciones. La arrendataria ejerció

acción solicitando se declarase la nulidad del referido contrato. La demandada se opuso y formuló reconvencción solicitando: 1) la declaración de validez de la resolución del contrato; 2) la condena, a la actora-reconvenida, al abono de: *a*) el saldo de sus relaciones comerciales (18.312, 46 €) con el 2 por 100 de interés mensual hasta su pago; *b*) la indemnización por la ocupación indebida de la estación de servicio a prorrata del tiempo que transcurra desde el 5 de julio de 2002 hasta su devolución (sobre la base de la renta percibida en el año 2001); *c*) la pena convencional estipulada para el caso de incumplimiento del contrato (180.303,63 €); y *d*) la pena moratoria, también prevista contractualmente, por cada día de retraso en la restitución de la estación de servicio (601,01 € diarios). El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la cual desestimó la demanda y, estimando totalmente la reconvencción, declaró resuelto el contrato, ordenó la entrega de la estación de servicio a la reconviniendo y condenó a la reconvenida a satisfacer las sumas solicitadas. Apelada la sentencia por esta última, la Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso y revocó en parte la sentencia recurrida, reduciendo a tres las cantidades a abonar por la reconvenida: *a*) el saldo de las relaciones comerciales más intereses legales; *b*) la renta dejada de abonar desde el 5 de julio de 2002 hasta la entrega; y *c*) 18,03 € diarios, como cláusula moratoria moderada, desde la fecha de la sentencia del Juzgado hasta la entrega de la estación de servicio. Considera la Audiencia que, en aplicación de los artículos 1152 a 1155 y 1255 CC, pactar para el caso de resolución del contrato una cantidad global como «penalidad adicional» y otra diaria como «cláusula penal» resulta contrario a las leyes, la moral y el orden público, por lo que elimina la indemnización global (180.303,63 €) y modera la diaria de 601,01 €, reduciéndola a 18,03 €. La Sala Primera del Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por la reconviniendo, anula la sentencia recurrida y confirma la del Juzgado, afirmando (FD 8.º):

«[...] la libertad contractual permite a los contratantes fijar las consecuencias que desean anudar al incumplimiento de las obligaciones asumidas (sentencia, entre otras, de 26 de mayo de 2009) sin que los tribunales puedan desconocer la virtualidad de los pactos válidamente contraídos, como es el caso; ya que la penalización en función sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios derivada de incumplimiento se presenta ahora con una doble finalidad que no crea incompatibilidad alguna, pues por un lado se sanciona el incumplimiento, que da lugar a la resolución y por tanto a la pérdida de expectativas de beneficio económico para una de las partes, y por otro se penaliza el voluntario incumplimiento de la obligación de devolver determinados bienes como consecuencia de tal resolu-

ción; penalización que surte efectos desde que una sentencia obliga a tal restitución. En consecuencia, los referidos motivos han de ser estimados por la infracción de las normas a que aluden como infringidas, por cuanto se ha desconocido la naturaleza y finalidad de los pactos que, en el caso, suscribieron las partes estableciendo cláusula penal para determinados supuestos. Igualmente ha de ser estimado el motivo cuarto en cuanto acusa vulneración de lo dispuesto en el artículo 1154 del Código Civil sobre la moderación de la cláusula penal, ya que la Audiencia la ha operado fuera de los supuestos autorizados por dicha norma. El citado artículo 1154 establece que «el Juez modificará equitativamente la pena cuando la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida por el deudor», lo que viene a significar que la previsión legal cumple la función de suplir la voluntad de las partes respecto de un supuesto –cumplimiento parcial o irregular– que no han previsto en el contrato, pues si la cláusula penal la han establecido para el caso de «falta de cumplimiento» (art. 1152), tan injusta resultaría su plena aplicación como su absoluta inaplicación en tales casos de cumplimiento parcial o irregular por parte del deudor. Las sentencias de esta Sala de 10 de mayo de 2001 y 20 de diciembre de 2006, entre otras, señalan que a la cláusula penal moratoria *estipulada exclusivamente para el supuesto del retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación no cabe la posibilidad legal de aplicarle la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil, ya que ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal), pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, la cual ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por así haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación.»*

Junto a las anteriores, cabe citar diversas sentencias dictadas en los últimos años por la Sala Primera del Tribunal Supremo en las que, sin fundamentos jurídicos dignos de mención, la Sala se limita a confirmar resoluciones que no consideran procedente aplicar la facultad judicial moderadora del artículo 1154 CC. Se trata, en concreto, de las sentencias de fecha 20 de mayo de 1998<sup>233</sup>, 28 de octubre de 1998<sup>234</sup>, 12 de enero de 1999<sup>235</sup>, 3 de noviembre de 1999<sup>236</sup>,

<sup>233</sup> Pena moratoria consistente en el pago de 1.800 \$ por día de retraso sobre el plazo pactado en un contrato de obra para la reparación de un yate.

<sup>234</sup> Pena moratoria consistente en el pago de una suma por mes de retraso en el desalojo de la dos fincas rústicas arrendadas una vez extinguido el arrendamiento.

<sup>235</sup> Pena moratoria a cargo del vendedor en caso de demora en la entrega del carro de combate objeto de la compraventa.

<sup>236</sup> Pena moratoria que el vendedor debía abonar si hubiere retraso en la entrega de las dos naves industriales vendidas.

24 de enero de 2006<sup>237</sup>, 14 de junio de 2006<sup>238</sup> y 14 de mayo de 2008<sup>239</sup>.

Finalmente, señalar que algunas resoluciones de la Sala Primera que mantienen la moderación de la pena convencional *ex* artículo 1154 CC (efectuada por la sentencia recurrida) porque el acreedor se había aquietado con tal moderación y no la recurrió en casación. No obstante, algunas de estas sentencias declaran que dichas reducciones se realizaron «pese a que esta Sala ha reiterado que no cabe si el incumplimiento parcial es precisamente contemplado para la cláusula penal, como es el caso de retraso en el cumplimiento para el que se prevé tal cláusula» (SSTS de 20 de diciembre de 2006 y 8 de abril de 2009).

#### 4.2 Sentencias del Tribunal Supremo que admiten la moderación de la pena moratoria

Desde un primer momento, la mayor parte de los casos de modificación judicial de penas moratorias *ex* artículo 1154 CC, confirmadas por la Sala Primera del Tribunal Supremo, ha tenido como motivo principal la consideración del retraso como una modalidad de cumplimiento «irregular». Así, ya la antigua STS de 31 de octubre de 1922 afirma: «tratándose de una obligación irregularmente cumplida respecto al plazo, y no en su totalidad, debe aplicarse el artículo 1154 CC». Este argumento sigue siendo esgrimido en no pocas sentencias actuales. Junto a él, suelen emplearse ciertos razonamientos confusos, con escaso o nulo fundamento legal. En ocasiones, la moderación de la pena convencional carece incluso de una motivación realmente digna de tal nombre.

1.<sup>a</sup> STS de 10 de marzo de 1995.—Confirma la reducción en un 60 por 100 del importe de la pena pactada por día de retraso en la entrega de las viviendas objeto del contrato de obra celebrado entre los litigantes, afirmando que (FD 2.º):

«[...] tampoco ha existido la indebida aplicación de ese artículo 1154, ya que la *discrecionalidad que confiere el mismo a los*

<sup>237</sup> Pena moratoria inserta en un contrato de cesión de solar a cambio de parte del edificio a construir por el cesionario (dos plantas de sótano y el piso bajo), por la que éste debía abonar la suma de 200.000 ptas. por cada mes de demora en la entrega de los inmuebles.

<sup>238</sup> Al realizar la división de una finca común, una de las partes se obligó a instalar una valla divisoria en el plazo de 90 días, pactándose una pena moratoria de 20.000 pesetas por día de retraso.

<sup>239</sup> Pena moratoria, inserta en un contrato de compraventa a plazos de unas fincas, por la que, en caso de resolución por incumplimiento del comprador en el pago del precio, las cantidades ya recibidas por la vendedora quedarían para su beneficio.

*Tribunales*, hace que en todo litigio en que se debata el juego de una cláusula penal, sea procedente el uso por parte del órgano sentenciador, del arbitrio o templanza, sancionadas en dicho precepto [...].»

2.<sup>a</sup> STS de 18 de diciembre de 1996.—Dado el retraso de once meses en la entrega por el vendedor del edificio objeto de un contrato de compraventa, esta sentencia casa la recurrida, que había desestimado la aplicación de la pena moratoria solicitada por el comprador, y decreta la aplicación de la misma, aunque reduce su importe en un 63 por 100, afirmando (FD 5.º):

«La cláusula penal se pactó para caso de retraso en la terminación y entrega, pero es equitativo hacer uso de la facultad de moderación del artículo 1154 CC pues la obligación fue *cumplida irregularmente* por el vendedor. El plazo debe contarse desde el día pactado para la entrega, 7 de noviembre de 1988, hasta el 1 de octubre de 1989 (ante la carencia de fecha fehaciente). Teniendo en cuenta todas esas circunstancias, la pena debe fijarse en 6.500.000 pesetas.»

3.<sup>a</sup> STS de 17 de febrero de 1997.—En el contrato de obra para la fabricación y montaje de determinadas máquinas industriales, al que se refiere la presente resolución, las partes estipularon una pena de 250.000 pesetas por día de demora en la instalación de dichas máquinas. El fabricante se retrasó 68 días en el cumplimiento. La sentencia de la Audiencia Provincial disminuyó en un 76 por 100 la pena moratoria prevista; el Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso de casación con la siguiente motivación (FD 5.º):

«Tampoco es de apreciar aplicación indebida del reiterado artículo 1.154 con apoyo en las sentencias de 20 de noviembre de 1970 y 30 de junio de 1981, en cuanto que las mismas no permiten ser tenidas en cuenta en el caso de autos ya que la violación que en ellas se alega respecto al artículo 1.154 lo fue en concepto distinto, esto es, por “inaplicación”, y en el motivo tercero del presente recurso la infracción que se denuncia lo es por “indebida aplicación”, pero es que, además, la jurisprudencia de la Sala se decanta en el sentido de que *es suficiente la concurrencia de los presupuestos fácticos de haber sido cumplida la obligación principal en parte o de manera irregular* para que el Juzgador haga entrar en juego la moderación equitativa de la pena, [...].»

4.<sup>a</sup> STS de 8 de junio de 1998.—Extinguida la relación contractual de arrendamiento, los arrendatarios continuaron en la posesión del local y explotando la industria allí instalada durante 14 meses, hasta ser desalojados judicialmente. La arrendadora reclama la pena moratoria, consistente en el pago de 50.000 pesetas por día

de retraso en el desalojo. La sentencia de apelación había reducido a 30.000 pesetas diarias la pena moratoria convenida, pero sólo la arrendataria recurrió en casación solicitando la declaración de nulidad de la cláusula penal. La Sala Primera del Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida con los siguientes argumentos (FD 3.º):

«El Tribunal de Instancia hizo uso de la moderación equitativa que autoriza el artículo 1154 del Código Civil, sin dejar en el olvido, como ya quedó dicho, que los recurrentes han venido comercializando el negocio más allá del tiempo de duración del arriendo, en contra de la voluntad de la arrendadora. En estos supuestos surge la obligación de indemnizar por posesión injustificada (art. 1561 del Código civil), conforme a la doctrina jurisprudencial reiterada para estos casos sobre prolongación indebida del uso posesorio (SS de 24 de mayo de 1993 y 30 de diciembre de 1995).»

5.<sup>a</sup> STS de 2 de diciembre de 1998.—Al amparo de un contrato de obra y vencido el plazo previsto para su ejecución, el comitente reclama al contratista la terminación de las obras así como el importe de la pena moratoria acordada, consistente en el abono de 100.000 pesetas por mes de retraso sobre el plazo estipulado para la realización de la obra. El Alto Tribunal condena al contratista a terminar las obras (cinco años después de interpuesta la demanda) y confirma la reducción de la pena moratoria efectuada en la sentencia recurrida, afirmando (FD 2.º):

«Es claro que no puede prosperar su tesis, ya que, como es bien elocuente, *esa facultad* (ex art. 1154 CC) *es de absoluta discrecionalidad por parte del Juzgador* y, en especial, la misma ha de prosperar cuando se ha razonado con un F.J. específico, como es el 5.º, los argumentos en pos de los cuales, por parte de la Sala sentenciadora, se llega a ese convencimiento de suavizar el contexto literal, con un *resultado económico que en la conciencia del propio Tribunal le parece excesivo*.»

6.<sup>a</sup> STS de 10 de julio de 2001.—Tras resaltar ciertos hechos que se declaran probados, en concreto que: a) «el retraso del constructor en la ejecución de la obra contratada llegó a casi triplicar el insuficiente término que había aceptado»; b) «no constan requerimientos de la dueña de la obra para la rápida finalización de la misma»; y c) «los trabajos realizados fuera de presupuestos no eran de especial consideración»; el Tribunal Supremo, sin aportar ninguna otra motivación, declara (F D 4.º):

«En atención a cuanto queda expuesto, esta Sala, haciendo uso de la facultad moderadora que según el artículo 1154 del Código Civil es procedente *en caso de un irregular cumplimiento de sus*

*obligaciones por parte del deudor*, considera adecuado reducir la penalización (que ascendía a 19.152.855 pesetas) solicitada en la reconvencción a 3.000.000 de ptas.»

7.<sup>a</sup> STS de 27 de febrero de 2004.—Los litigantes habían celebrado un contrato de obra para la construcción de dos edificios. Pese al retraso de la entidad constructora, la comitente optó inicialmente por el cumplimiento del contrato, pero al ser requerida por la contratista para la recepción de la obra, y ante lo inacabado de ésta, se inclina por la resolución y exige el pago por aquélla de la pena moratoria estipulada en el contrato. Sin mayores argumentos para fundar el fallo, el Tribunal Supremo confirma la sentencia recurrida, que había moderado la cláusula penal moratoria (de 312 millones de pesetas a 100 millones), declarando en respuesta a sendos motivos de casación<sup>240</sup>:

«[...] la Sala con *criterio loable*, flexibilizó en su monto actuando por la facultad conferida por el artículo 1154 Código civil [...]» (FD 4.º)

«[...] al compartirse el razonamiento del F.J. 5.º de la recurrida al actuar el Tribunal, como se expresa en el anterior recurso, en uso de la *discrecionalidad ex artículo 1154 Código civil*, y porque esa indemnización de daños y perjuicios también reclamada cae, en cuanto a su apreciación o no, también en el campo de la soberanía enjuiciadora». (FD 5.º).

8.<sup>a</sup> STS de 17 de junio de 2004.—En el contrato de arrendamiento de vivienda pactado por un plazo de tres años (sometido al Real Decreto-ley de 1985), las partes incluyeron una cláusula según la cual, si al expirar el citado plazo el arrendatario no desalojare el inmueble, abonará una pena moratoria consistente en dos veces el importe de la renta mensual por mes de retraso, más el importe de las rentas devengadas hasta la restitución de la vivienda al arrendador. Una vez finalizado el arriendo, el arrendatario continuó ocupando el inmueble durante 32 meses y 11 días; por lo que el arrendador reclama el pago de las rentas y de la pena convenida. La sentencia recurrida condenó al arrendatario a abonar las rentas y reduce el monto de la pena en un 60 por 100. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación, declarando (FD 1.º):

«[...] la sentencia recurrida, utilizando los mecanismos que concede al Juez el artículo 1154 del Código Civil, modificó equitativamente la cláusula penal en cuestión, sirviendo dicha valoración como *ratio decidendi* a lo resuelto en la misma. Y partiendo de esa

---

<sup>240</sup> La sentencia de la Audiencia Provincial había sido recurrida en casación por ambos litigantes.

base, habrá que traer a colación la doctrina jurisprudencial de esta Sala que determina que la facultad moderadora del artículo 1154 del Código Civil *no es susceptible de casación* –Sentencias de 19 de febrero de 1990, 27 de julio de 1993, 9 de septiembre de 1996, 12 de diciembre de 1996, 17 de febrero de 1997, entre otras muchas más–. Todo lo cual indica, por otra parte, que... en la sentencia recurrida no se ha soslayado el mandato del artículo 24-1 de la Constitución Española, *habiéndose aplicado justamente el artículo 1152 del Código Civil, puesto que en la misma se da una interpretación correcta e intermedia entre las dos hipótesis de ambas partes procesales*, sin que ello haya afectado para nada la tutela judicial efectiva.»

9.<sup>a</sup> STS de 27 de abril de 2005<sup>241</sup>.–La sentencia recurrida había reducido el importe de la pena convencional en un 72 por 100 por apreciar cumplimiento «anormal» del contratista y argumentando que «la obra fue entregada hace cinco años y explotada por la recurrente, por lo que si el contratista tuviera que abonar cien millones de pesetas, *ello resultaría injusto y se presentaría como supuesto de claro enriquecimiento sin causa...*» La Sala Primera confirma la sentencia y declara (FD 1.º):

«La jurisprudencia reiterada declara que la moderación procede cuando no se trata de incumplimiento total y sí cuando *la obligación principal hubiera sido en parte o irregularmente cumplida*, que es el caso de autos al tratarse de obra ejecutada y debidamente aprovechada. El artículo 1154 contiene un mandato imperativo para el Juez en el sentido de proceder a moderar equitativamente la pena pactada por los contratantes en los supuestos de cumplimiento parcial, siendo conforme a la equidad, dadas las circunstancias del caso y apreciación discrecional de las concurrentes (Sentencias de 10 de marzo de 1995 y 22 de septiembre de 1997). No procede la impugnación en vía casacional de la cuestión de si el juzgador obró o no equitativamente (Sentencias de 28 de junio y 19 de diciembre de 1991, 29-1992, 8 de febrero de 1993 y 19 de junio de 1994).»

10.<sup>a</sup> STS de 12 de diciembre de 2008.–El caso enjuiciado por esta sentencia se refería a un contrato por cuya virtud la sociedad anónima demandada se comprometía a administrar, con el máximo rendimiento económico, un centro comercial propiedad de la entidad actora durante un plazo determinado. La gestión a realizar por la demandada incluía los arrendamientos, facturación y cobro de rentas de los locales sitos en el centro comercial, así como la limpieza, seguridad y mantenimiento del centro, junto con el

<sup>241</sup> Referido a un contrato de obra con cláusula penal según la cual: «A partir del 20 de abril de 1992 cada día que se retrase la terminación de la nave y la oficina se penaliza con trescientas mil pesetas/día, salvo paralización por falta de personal o fuerza mayor». El contratista se retrasó algo más de dos años en la entrega y el dueño la acepta, pero reclama el pago de la pena moratoria.



régimen de horarios de los establecimientos, elaboración de presupuestos de las cargas comunes, asesoramiento comercial, etc. El contrato incluía una cláusula conforme a la cual, si la entidad propietaria del centro «renunciare anticipadamente al presente contrato» la sociedad gestora tendría derecho a «una indemnización, por todos los conceptos, equivalente a la cuantía fija total del año en curso». Antes de cumplirse el plazo previsto, la propietaria comunicó a la gestora su renuncia anticipada al contrato e interpuso demanda solicitando se declarase extinguido dicho contrato y reclamando la devolución de determinada suma de dinero. La demandada se opuso y ejercitó reconvencción exigiendo el importe de la pena convenida. La Audiencia Provincial, en lo que aquí interesa, confirmó la sentencia del Juzgado declarando que «hubo incumplimientos por parte de la entidad actora, que los mismos no tenían la entidad precisa para justificar la resolución del vínculo contractual; que la resolución era procedente por razón de una pérdida de la confianza entre las partes contratantes respecto de la causa concreta del contrato, esto es, obtener el mayor rendimiento económico con la explotación del conjunto inmobiliario»; y, que la «moderación de la pena convencional constituía un deber para el Juez, conforme al artículo 1154 del Código Civil, y había sido efectuada correctamente ante el incumplimiento parcial –pero no resolutorio– que se aprecia». El Tribunal Supremo confirma la sentencia de apelación afirmando que ( FD 2.º):

«Realmente, el Tribunal de apelación, aunque hubiera utilizado el término «resolución» [...] lo que hizo fue declarar extinguida la relación contractual [...] por virtud del desistimiento o denuncia [...] Desistimiento que hay que entender producido no *ad nutum* o por libérrima decisión, sino por concurrir una justa causa o causa relevante. Esto es, por tratarse de una denuncia justificada –supuesto al que, con distintas denominaciones, se refieren algunos textos legales, como los artículos 1707, 1736, 1737, 1749 y 1776 del Código Civil y 26 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo–, que se identifica no sólo con la determinada por un incumplimiento resolutorio, al comprender la que lo sea por cualquier circunstancias sobrevenida que convierta en admisible o tolerable la decisión de la parte denunciante de quedar desvinculada. Ello sentado, debe advertirse que [...] las partes pactaron una sanción para el caso de que HNPSAS de renunciara anticipadamente al contrato, al modo de una especie de «dinero de arrepentimiento» respecto del mismo –y, por ello, de todas las obligaciones nacidas a su cargo–. Y [...] el Tribunal de apelación moderó esa sanción económica por considerar que la causa de la extinción del vínculo no había sido la prevista por las partes –la denuncia *ad nutum*–, sino otra del mismo género, pero de especie cualitativa distinta –la denuncia con justa causa–. Pues bien, tal conclusión, obtenida por analogía, no es contraria al sentido que

la jurisprudencia, respetuosa con la voluntad presunta de los contratantes, atribuye a la norma del artículo 1154 del Código Civil.»

### 4.3 A modo de conclusión

La mera lectura de la jurisprudencia reseñada permite apreciar la gran dificultad de determinar dónde y cómo ha de hallarse el equilibrio entre el arbitrio judicial y la estricta aplicación de las normas. La cuestión se plantea no sólo respecto de la remisión al arbitrio judicial contenida en el artículo 1154 del Código civil, sino en general de los diversos supuestos de remisión a ella existentes en nuestro Ordenamiento jurídico. Se trata de un fenómeno necesario e inevitable, porque «el Legislador no puede sencillamente actuar de otro modo en estos casos que delegando en el juez el hallazgo de la solución más apropiada dado que dicha solución depende esencialmente de circunstancias que le resulta imposible prever»<sup>242</sup>.

Es bien sabido que el poder discrecional en que consiste el arbitrio judicial comporta una cierta libertad, otorgada al juez por una norma, de elegir entre dos más alternativas jurídicamente posibles. Pero ello no significa que la discrecionalidad o el arbitrio remitan a la mera voluntad del órgano a quien ha sido reconocido por la ley, pues el artículo 9.3.º de la Constitución prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos. Pese a todo, el Tribunal Supremo no suele someter a control el ejercicio por los tribunales de instancia del arbitrio judicial, calificando de «soberana» esta facultad de dichos tribunales y considerando que no es susceptible de revisión casacional.

Sin embargo, como pone de manifiesto el profesor Tomás-Ramón Fernández<sup>243</sup>, ese control es preceptivo y debe realizarse mediante la exigencia de motivación suficientemente justificada de las sentencias. «Sin motivación suficiente, esto es, sin justificación bastante, no hay arbitrio legítimo, sino arbitrariedad pura y simple», afirma este autor<sup>244</sup>. Se trata, pues, de articular un control que responda a la prohibición constitucional de la arbitrariedad y, al mismo tiempo, preserve el espacio dejado por la Ley a los órganos jurisdiccionales.

Volviendo a la facultad judicial prevista en el artículo 1154 del Código civil, su ejercicio excediendo las previsiones legales puede desvirtuar la voluntad común de las partes manifestada en el con-

<sup>242</sup> Afirma Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, ob. cit., pp. 76-77.

<sup>243</sup> Ob. cit., pp. 101 ss.

<sup>244</sup> Quien continúa diciendo (p. 103): «La motivación que el artículo 120 de la Constitución exige es justificación y justificar una decisión es exponer razones intersubjetivamente válidas capaces de dar a ésta el necesario soporte».

trato. Así sucede cuando la pena convencional se reduce a la cobertura estricta del perjuicio real sufrido por el acreedor a causa del incumplimiento, ignorando la voluntad negocial de reforzar la obligación principal mediante una cláusula penal que prevea una indemnización superior al valor efectivo del daño. Salvo una reforma legislativa, como la operada en el Derecho francés, y como la prevista en la mencionada Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, que permitiese modificar las cláusulas penales por excesivas, el artículo 1154 del Código civil no debe utilizarse como instrumento que permita al juzgador modificar las cláusulas penales que considere desproporcionadas. Todo ello, sin perjuicio de la no aplicación de la pena pactada si resultare nula por cualquier motivo y, en concreto, si fuere declarada abusiva o usuraria conforme a la legislación de consumo o a la Ley de Represión de la Usura, según los casos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel: «Comentario de los artículos 1152 a 1155», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV-2, Madrid, 1983.
- ID: «La nulidad de los préstamos usurarios», *ADC*, 1995, pp. 33 ss.
- AMORÓS GUARDIOLA, Manuel: «La garantía patrimonial y sus formas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, mayo 1972, pp. 560 ss.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina de: La función liquidatoria de la cláusula penal en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, Madrid, 1993.
- BASOZÁBAL ARRUE, Xavier: *Estructura básica del préstamo de dinero*, Valencia, 2004.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo: «Las obligaciones divisibles e indivisibles», *ADC*, 1973, pp. 507 ss.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, vol. 2, Madrid. 1983.
- BETTI, Emilio: *Istituzioni di Diritto Romano*, II, Padua, 1960.
- BLANCO GÓMEZ, Juan José: *La cláusula penal en las obligaciones civiles: relación entre la prestación penal, la prestación principal y el resarcimiento del daño*, Madrid, 1996.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Comentario a los artículos 1152 a 1155», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- «La naturaleza del leasing o arrendamiento financiero y el control de las condiciones generales», en *ADC*, 1982, pp. 41 ss.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: «Comentario a la Disposición Adicional Primera», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dir.: A. Menéndez, L. Díez-Picazo; Coord., J. Alfaro), Madrid, 2002.
- CARRASCO, A., CORDERO, E., y MARÍN, M. J.: *Tratado de los Derechos de Garantía*, tomo I, Madrid, 2008.

- COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, Sección de Derecho Civil: *Propuesta para la Modernización del Dereho de Obligaciones y Contratos*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2009.
- COMMISSION ON EUROPEAN CONTRACT LAW: «Principles of European Contract Law», Parts I and II, edited by Ole LANDO and Hugh BEALE (Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2000); and Part III, edited by Ole LANDO, Eric CLIVE, André PRÜM and Reinhard ZIMMERMANN (Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 2003).
- CRISTÓBAL MONTES, A.: *Las obligaciones indivisibles*, Madrid, 1991.
- DÁVILA GONZÁLEZ, Javier: *La obligación con cláusula penal*, Madrid, 1992.
- DE CASTRO VÍTORES, Germán: *La cláusula penal ante la armonización del Derecho contractual europeo*, Madrid, 2009.
- DE CUPIS, A.: *Il danno*, vol. I, Milán, 1979.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La facultad de moderación del artículo 1103 del Código Civil», en *ADC*, 1988, pp. 1133 ss.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema: *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, Madrid, 2008.
- «Cláusula penal y resolución de contrato», en *Libro Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Madrid, 2006.
- «Comentario a los artículos 61 a 65», en *Comentario de la compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (Dir. y Coord. Luis Díez-Picazo), Madrid, 1998.
- «Condiciones Generales de la Contratación (esbozo de una evolución)», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, (Dir.: L. Díez-Picazo y A. Menéndez; Coord.: J. Alfaro), Madrid, 2002.
- DÍEZ-PICAZO, L., ROCA TRÍAS, E., Y MORALES DE MORENO, A. M.: *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002.
- ESPÍN ALBA, Isabel: *La cláusula penal, especial referencia a la moderación de la pena*, Madrid, 1997.
- ESPÍN CÁNOVAS, D. E.: «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *Revista de Derecho Privado*, 1946, pp. 145 ss.
- FERNÁNDEZ, Tomás Ramón: *Del arbitrio y de la arbitrariedad judicial*. Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, contestado por E. García de Enterría, Madrid, 2004.
- GARCÍA GOYENA, Florencio: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, 1974.
- GÓMEZ CALERO, Juan: *Contratos mercantiles con cláusula penal*, Madrid, 1983.
- GÓMEZ POMAR, Fernando: El incumplimiento contractual en Derecho español, *InDret*, 3/2007, www.indret.com.
- INSTITUTO INTERNACIONAL PARA LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (Trad. A. M. Garro), Roma, 2001.
- JORDANO FRAGA, Francisco: «Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1984, pp. 603 ss.
- *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, Madrid, 1992.
- *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.
- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos: «La deuda de intereses», *AAMN*, tomo XXXV.

- LOBATO, Jesús María: *La cláusula penal en el Derecho español*, Pamplona, 1974.
- LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel: «Mora debitoris, devaluación monetaria y resarcimiento del daño en las obligaciones pecuniarias: consideraciones de principio», *ADC*, 1994, pp. 5 ss.
- LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco: «Resolución, cláusula penal y desistimiento en el contrato de obra», en *Estudios homenaje a L. Díez-Picazo*, vol. II, Madrid, 2003.
- MANRESA Y NAVARRO, José M.<sup>a</sup>: *Comentarios al Código Civil español*, tomo VIII-1, Madrid, 1967.
- MARÍN GARCIA, Ignacio: «La cláusula penal en la propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret*, 2-2009, [www.indret.com](http://www.indret.com).
- MARTÍNEZ MAS, Francisco: *La Cláusula Penal en el Contrato de Obra*, Las Palmas de Gran Canaria, 2005.
- MASIDE MIRANDA, José Enrique: «La cláusula penal», en *Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola*, tomo I, Madrid, 2006.
- MAZEAUD, Denis: *La notion de clause pénale*, París, 1992.
- MAZZARESE, Silvio: *Le obbligazioni penali*, Padua, 1990.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: «Comentario a la Disposición Adicional Primera», en *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación* (Dir.: A. Menéndez, L. Díez-Picazo; Coord., J. Alfaro), Madrid, 2002.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente: *Derecho Civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Valencia, 2001.
- MORALES MORENO, A. M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*, Madrid, 2006.
- MORENO, Fausto: Voz «Cláusula penal», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IV, Barcelona, 1952.
- NIETO, A.: *El arbitrio judicial*, Barcelona, 2000.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio: «Nuevas perspectivas sobre la cláusula penal», en *Revisita General de Legislación y Jurisprudencia*, 1982, pp. 281 ss.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991, pp. 1019 ss.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *ADC*, 1993, pp. 1719 ss.
- PINAZO TOBES, Enrique: «Cláusula penal contractual», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º XVI, 1995.
- PINTO MONTEIRO, Antonio: *Cláusula penal e indemnização*, Coimbra, 1999.
- PUIG PEÑA, Federico: *Compendio de derecho civil español*, tomo III, Pamplona, 1972.
- QUICIOS MOLINA, Susana: «Comentario a la Disposición Adicional Primera», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación* (Coord. R. Bercovitz), Madrid, 1999.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique: *La cláusula penal del pacto resolutorio (Aspectos sustantivos y registrales)*, Sevilla, 1999.
- ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: «La cláusula penal en las obligaciones contractuales», en *Estudios de Derecho Privado*, vol. I, Madrid, 1948.
- RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel: «Sobre la cláusula penal en el Código civil», en *ADC*, 1993, pp. 511 ss.
- RUÍZ-RICO RUÍZ, José Manuel: «Comentario a los artículos 1108 y 1109 del Código Civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV-1.º, Madrid, 1989.

- RUÍZ VADILLO, E.: «Algunas consideraciones sobre la cláusula penal», en *RD*, 1975, pp. 374 ss.
- SALVADOR CORDERCH, Pablo: «Alteración de circunstancias en el artículo 1213 de la Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», *Indret*, 4/2009, [www.indret.com](http://www.indret.com).
- SANZ VIOLA, Ana M.<sup>a</sup>: *La cláusula penal en el Código Civil*, Barcelona, 1994.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE AND RESEARCH GROUP ON EXISTING EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, edited by Christian von BAR and Eric CLIVE (Sellier, Munich, 2009).
- TRIMARCHI, M.: *La clausola penale*, Milán, 1954.
- UREÑA MARTÍNEZ, Magdalena: *La cláusula penal en el contrato de leasing*, Madrid, 2003.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos: «Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español», *RCDI*, núm. 536, 1980.
- VERGEZ, Mercedes: *Lecciones de Derecho Mercantil* (Dir. A. Menéndez), Madrid, 2005.
- ZOPPINI, Andrea: *La pena contrattuale*, Milán, 1991.
- ZUMAQUERO GIL, Laura: «La cláusula penal en la contratación inmobiliaria con consumidores», en *Cláusulas abusivas en la contratación inmobiliaria* (Coord.: Ana Cañizares), Madrid, 2006.

# *Ius ad rem* y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código civil

**BRUNO RODRÍGUEZ-ROSADO**  
Profesor Titular de Derecho civil  
Universidad de Málaga

## RESUMEN

*El artículo 1473 del Código civil español representa una especialidad dentro de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, ya que, al resolver el conflicto entre dos compradores, no lo hace sólo conforme con el sistema de título y modo, sino también teniendo en cuenta la buena o mala fe del posible adquirente. Esta especialidad constituye un residuo superviviente de la regulación medieval de la doble venta, decantada mediante lo que en su día fue innovación en las fuentes jurídicas romanas. Sin embargo, el criterio penalizador del adquirente de mala fe no sólo aparece en el artículo 1473 del Código civil, sino que también parece encontrar acogida en los artículos 1295.2 y 1124.4 del Código.*

SUMARIO: 1. La peculiaridad de la regulación española de la doble venta: 1.1 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas abstractos: Alemania. 1.2 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de transmisión consensual. 1.3 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de título y modo. 1.4 Los criterios de solución de la doble venta en España: el artículo 1473 del Código civil.— 2. Los orígenes históricos del requisito de la buena fe en la doble venta: 2.1 La ejecución necesariamente pecuniaria del derecho del comprador en Derecho romano. 2.2 El *ius ad rem* como pretensión del comprador dotada de ejecución *in natura* y con alcance frente a tercero de mala fe. 2.3 Recepción y pervivencia en España de la doctrina del *ius ad rem*.— 3. *Ius ad rem* y eficacia frente a tercero de las expectativas adquisitivas.— 4. El adquirente de mala fe de bienes objeto de rescisión: 4.1 La rescisión como supuesto de ineficacia sobrevenida con efectos meramente obligatorios. 4.2 Protección y desprotección del tercero en los con-

tratos objeto de rescisión.–5. El tercer adquirente de mala fe de bienes objeto de resolución: 5.1 La facultad de resolver un contrato por incumplimiento y su eficacia retroactiva obligatoria. 5.2 Protección y desprotección del tercero en los contratos objeto de resolución.–6. Conclusión.

## 1. LA PECULIARIDAD DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DE LA DOBLE VENTA

La solución prevista en el artículo 1473 del Código civil para el problema de la doble venta constituye una singularidad respecto al resto de regulaciones europeas. Aunque a menudo ha pasado desapercibido en España, el hecho de que el segundo comprador que adquirió conociendo la primera venta sea postergado frente al primer comprador representa una solución divergente y peculiar dentro de los sistemas jurídicos de nuestro entorno. Por encima de algunas coincidencias jurídicas superficiales, de las que a continuación trataré –arts. 1141 del Código Napoleón o 1155 del Código civil italiano–, la realidad es que ningún otro ordenamiento jurídico europeo da solución al problema de la doble venta apoyándose en el sistema de título y modo, y modulando, a la vez, los resultados de dicho sistema en función de la buena o mala fe del segundo comprador.

### 1.1 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas abstractos: Alemania.

Como es bien sabido, Alemania presenta un sistema absolutamente singular en lo que se refiere a la transmisión del dominio y demás derechos reales. La propiedad se transmite mediante el acuerdo entre el titular y el adquirente, seguida del traspaso posesorio, si el bien es mueble, o de la inscripción en el Registro, si se trata de inmuebles (§§ 873, 925, 929 BGB). Dicha transmisión opera «abstracción hecha» del posible contrato o título obligacional que da lugar a la transmisión, de forma que la inexistencia, nulidad, o cualquier otro problema que afecte a dicho contrato o título obligacional no obsta en modo alguno a la transmisión del dominio, siempre y cuando el acuerdo transmisivo y la entrega posesoria o la inscripción –según se trate de muebles o inmuebles– sean perfectas. La invalidez del contrato o título obligacional sólo da lugar a una



acción de enriquecimiento sin causa (§§ 812 ss. BGB), de carácter personal, orientada a la readquisición de la cosa por el enajenante que la transmitió. Las acciones de enriquecimiento sin causa asumen así una función correctora de los desplazamientos patrimoniales injustificados<sup>1</sup>.

En consecuencia, en Alemania adquiere el dominio quien completa el proceso adquisitivo, es decir, quien habiendo celebrado con el actual propietario el negocio transmisivo-real, abstracto respecto a la obligación de transmitir, inscribe el dominio del inmueble o recibe la posesión del bien mueble. La obligación de transmitir no tiene eficacia directa alguna sobre la transmisión, sino sólo indirecta y *a posteriori*, fundando su falta una acción de enriquecimiento sin causa dirigida a la readquisición. Ello provoca que el hecho de haber perfeccionado un contrato de compraventa no dé al comprador ninguna preferencia frente a un posible segundo comprador que adquiere mediante acuerdo real y entrega o inscripción: dado que la transmisión es abstracta respecto a la obligación, el hecho de que el segundo comprador –o adquirente por otro título– adquiera la propiedad sabiendo que perjudica la expectativa adquisitiva del primer comprador, no le impide adquirir, ni le sujeta a ninguna acción del primer comprador. Ni siquiera se puede decir que sea de mala fe quien compra sabiendo que perjudica el derecho obligacional de un tercero, pues entre obligación y transmisión no existe relación alguna<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre el sistema de transmisión de los Derechos reales en Alemania, WESTERMANN, *Derechos reales*, vol. I, pp. 85 ss., Madrid, 2007 (también, específicamente para bienes muebles, pp. 481 ss., para inmuebles, vol. II, pp. 967 ss.). También mi trabajo «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión», *ADC*, 2004, pp. 1039 ss. Específicamente para bienes inmuebles, MARTÍNEZ VELENCOSO, *La transmisión de la propiedad de bienes inmuebles en el Derecho alemán*, Madrid, 2004. En la doctrina alemana puede verse MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2002, marg. 220 ss.; LARENZ/WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Munich, 2004, § 23 marg. 78 ss. (pp. 421 ss.); SCHWAB/PRÜTTING, *Sachenrecht*, Munich, 2006, marg. 22 ss.

<sup>2</sup> STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, Tubinga, 1996, pp. 381 s. Se trata de la postura casi unánime de la doctrina. No obstante, Michaels ha defendido recientemente una posición que conduciría a los mismos efectos que el artículo 1473 del Código civil español, entendiendo que el segundo comprador que adquiere conociendo la existencia de un derecho obligacional de un primer comprador, lesiona ese derecho de crédito y, en consecuencia, queda sujeto a la obligación de reparar al primer comprador el perjuicio causado; dado que esa reparación habrá de ser preferentemente *in natura*, estará obligado a entregarle al primer comprador la cosa adquirida (MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag – Traditionsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlín, 2002, pp. 383 ss.). Con todo, la doctrina alemana ha rechazado la postura de Michaels, por entender que el § 826 BGB, referido a los daños causados dolosamente y contra las buenas costumbres, en el que Michaels pretende basar esa acción, no da base suficiente para la pretensión del primer comprador contra el segundo que adquiere, pues se exigen especiales requisitos –fraude, *animus nocendi*– para que la actuación del segundo comprador pueda calificarse como dolosa y contraria a las buenas costumbres (DUBISCHAR, «Doppelverkauf und ius ad rem», *JuS*, 1970, pp. 6 ss.; WIELING, «Jus ad rem durch einstweilige Verfügung», *JZ*, 1982, pp. 839 ss.; STADLER, *Gestaltungs-*

## 1.2 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de transmisión consensual

El sistema de transmisión consensual del dominio, adoptado por numerosos países europeos –como Francia, Italia o Portugal, por citar tres ordenamientos cercanos geográficamente–, determina que la propiedad se transmita al comprador en el mismo momento en que se perfecciona el contrato de compraventa (arts. 1138 y 1583 del *Code civil* francés, 1376 y 1470 del *Codice civile* italiano y 408 y 879 del *Código civil* portugués). Resultado de ese sistema es que, como figura conceptual, la doble venta desaparezca en estos ordenamientos, para convertirse en todos los supuestos en venta de cosa ajena: quien ha vendido una cosa –dejando aparte los casos de venta de cosa futura o genérica–, ha transmitido con la venta la propiedad y, en consecuencia, si vuelve a vender la cosa, está ya vendiendo lo que es de otro.

De aquí se deduce que, en los sistemas consensuales, los supuestos de doble venta hayan de resolverse en principio a favor del primer comprador, pues con el mismo contrato adquirió la propiedad; y que la posible defensa de un segundo comprador no pueda ya venir determinada por el hecho de adquirir de propietario, sino que quede a merced de la protección que cada uno de esos ordenamientos preste a los adquirentes *a non domino*. Esto exigirá, a su vez, distinguir los efectos de la doble venta –técnicamente, como ya he dicho, venta de cosa ajena– en función de cada ordenamiento y del tipo de bienes sobre los que se produzca, pues si casi todos los ordenamientos recogen un sistema de publicidad inmobiliaria que protege al tercer adquirente que adquiere con buena fe de inscrito, no todos acogen la adquisición de buena fe de bienes muebles.

Así, si en un sistema consensual se produce una doble venta de un bien inmueble inscrito, el primer comprador, que en simple aplicación de los principios de la transmisión consensual debiera devenir propietario, podrá quedar privado de su adquisición en virtud de las normas registrales que protegen al segundo adquirente. Las normas transmisivas antes citadas, que hablan a favor de la adquisición del primer comprador, devenido con su compra propietario, quedarán rectificadas por las normas registrales que protegerán al segundo adquirente que de buena fe adquirió del vendedor

---

*freiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, pp. 386 ss.; Münchener Kommentar zum BGB/WAGNER, § 826 marg. 46; Staudinger Kommentar zum BGB/OECHSLER, § 826 marg. 228; PALANDT/SPRAU, BGB, § 826 marg. 23, Munich, 2006).

que todavía figuraba como titular en el Registro. Y esto en cualquiera de los ordenamientos citados<sup>3</sup>.

En cambio, en materia de bienes muebles la posible protección del segundo comprador varía de un ordenamiento a otro. Así, hay ordenamientos, como el portugués, que no conocen la adquisición de bienes muebles de buena fe, y por eso en ningún caso protegen al segundo comprador; éste, en caso de que tome posesión de la cosa vendida, habrá de cumplir los plazos de la usucapión para quedar a resguardo de la acción del primer comprador<sup>4</sup>. En cambio, en el Derecho francés o italiano, que conceden una amplia protección a las adquisiciones de buena fe de bienes muebles –más amplia aún en el caso italiano, pues no excluye de esa protección los bienes muebles robados, hurtados o perdidos–, el segundo comprador podrá quedar protegido si cumple los requisitos de las adquisiciones *a non domino* de buena fe: pese a que, por ser el sistema consensual, el primer comprador adquirió la propiedad con la compraventa, el segundo comprador que toma posesión de la cosa adquirirá la propiedad, en perjuicio del primer comprador, si cumple los requisitos para que le sean aplicables las normas protectoras de los adquirentes *a non domino* de bienes muebles. Sólo la adquisición de la posesión por el comprador libera a éste del riesgo de que el vendedor vuelva a vender la cosa y el segundo comprador perfeccione una adquisición *a non domino*<sup>5</sup>.

Teniendo en cuenta esta protección que los ordenamientos francés o italiano brindan a quien adquirió de buena fe la posesión en concepto de dueño, no sorprende que haya dos artículos de sus

<sup>3</sup> Artículos 28 y 30 del Décret núm. 55-22 de 4 de enero de 1955 de reforma de la publicit  foncière; artículo 2644 del *Codice civile* italiano; artículos 5, 17.2 y 122 del *Código do Registo predial* portugués.

<sup>4</sup> MENEZES CORDEIRO, *A posse – Perspectivas dogmáticas actuais*, Coimbra, 2000, pp. 116 ss. Además de la usucapión mobiliaria trienal (art. 1299), la única defensa que ofrece el Código civil portugués al comprador de buena fe es un derecho de reembolso en caso de que haya comprado de comerciante dedicado a las ventas de ese género (art. 1301).

<sup>5</sup> Las normas generales de protección del adquirente de buena fe son, respectivamente, los artículos 2279 del Código civil francés y 1153 del Código civil italiano. El primer artículo citado establece que «en materia de bienes muebles, la posesión equivale al título. Sin embargo, aquel que ha perdido una cosa o aquel a quien se la han robado, puede reivindicarla durante un plazo de tres años, a contar del día de la pérdida o del robo, de aquel en cuyas manos la encuentre; sin perjuicio, en este último caso de la acción del tenedor contra aquel que se la entregó». El artículo 1153 del Código civil italiano declara por su parte que «aquel a quien se hayan enajenado bienes muebles por parte de quien no es propietario, adquirirá la propiedad de éstos con la posesión, siempre que sea de buena fe en el momento de la entrega y exista un título idóneo para la transmisión de la propiedad». Sobre la regulación de la adquisición de buena fe de bienes muebles puede verse, en Francia, CARBONNIER, *Droit civil*, 3, *Les biens*, París, 2000, n. s 228 ss.; TERR /SIMLER, *Droit civil – Les biens*, París, 2002, n. s 425 ss.; en Derecho italiano ARGIROFFI, «Del possesso di buona fede dei bene mobili – Art. 1153-1157», en *Comentario al codice civile*, diretto da Schlesinger, Milán, 1988; SACCO/CATERINA, «Il possesso», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu/Messineo/Mengoni, Milán, 2000, pp. 475 ss.

respectivos Códigos civiles que prevean explícitamente la protección del segundo comprador de bienes muebles cuando éste cumple los requisitos de los adquirentes de buena fe<sup>6</sup>. El artículo 1141 del Código francés establece que «si la cosa que alguien se hubiera obligado a dar o entregar a dos personas sucesivamente fuera mueble, aquella de las dos a quien se le ha entregado la posesión real será preferida y quedará como propietaria de ella, aunque su título fuera de fecha posterior, siempre que la posesión fuera de buena fe». El artículo 1155 del Código civil italiano, con el encauzamiento de «adquisición de buena fe y precedente enajenación a otro» establece por su parte que «si alguien enajena un bien mueble a diferentes personas mediante sucesivos contratos, aquella de entre ellas que haya adquirido con buena fe la posesión de la cosa será preferida a las otras, aunque su título sea de fecha posterior».

La solución prevista en esos artículos a los conflictos de doble venta de bienes muebles parece, en su literalidad, semejante a la que prevé para este caso el 1473 del Código civil español. Pero es una simple coincidencia circunstancial: las causas y raíces de las soluciones francesa o italiana, y las de la española, son bien diversas. Mientras que, como ya he dicho, los artículos 1141 del

<sup>6</sup> Que el artículo 1141 del Código civil francés y el 1155 del Código civil italiano son aplicación a los supuestos de doble venta del régimen derivado de las adquisiciones de bienes mueble *a non domino* lo han destacado la práctica unanimidad de los autores franceses e italianos. En efecto, explicando el sentido del artículo 1141 del Código civil francés dicen Terré y Simler: «on pourrait même croire, à lire ce texte, que c'est la tradition qui transfère la propriété du meuble vendu, et non l'accord des parties. En réalité, il n'en est rien: l'effet translatif résultant de la tradition ne se produit que si le second acquéreur, mis en possession, est de bonne foi. Dans ce cas, en effet, il est protégé par l'article 2279: en fait de meubles, la possession vaut titre, dont l'article 1141 n'est qu'une application. En d'autres termes, le premier acquéreur est bien devenu propriétaire au jour du contrat, conformément à l'article 1138, mais le second l'est devenu à son tour par le fait qu'il a reçu de bonne foi la chose et son droit détruit celui du premier» (TERRÉ/SIMLER, *Droit civil – Les biens*, París, 2002, núm. 409). El hecho de que el artículo 1141 no sea más que una mera aplicación de los principios de adquisición *a non domino* a los supuestos de doble venta de cosa mueble ha llevado a la doctrina francesa a deducir el requisito de buena fe en la adquisición *a non domino*, que no figura en el artículo 2279, del artículo 1141, que sí exige la buena fe para proteger al segundo comprador que toma posesión.

En cuanto al Derecho italiano, el hecho de que el artículo 1155 es aplicación directa del principio de adquisición *a non domino* de bienes muebles es aún más claro, pues dicho artículo se encuentra precisamente en sede material de esa institución, apenas dos artículos más allá de la regulación general de las adquisiciones de buena fe de muebles. Sacco y Caterina dicen al respecto que «una coseguenza del principio possesso vale titolo è la seguente: che, se il vero proprietario aliena dapprima la proprietà del bene (senza consegnarlo) ad un primo acquirente, e poi la aliena e consegna la cosa ad un secondo acquirente di buona fede, il secondo acquirente diviene proprietario del bene. Questa protezione del secondo acquirente è espressamente prevista dall'articolo 1155 c.c. it. L'articolo cit. non dà luogo a particolari difficoltà di interpretazione. Esso ha fatto parlare di sé, più che altro, perché quasi tutti gli autori vedono in esso una diretta applicazione del principio dell'art. 1153 cc.it» (SACCO/CATERINA, «Il possesso», en *Trattato di Diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu/Messineo/Mengoni, Milán, 2000, p. 490).

Código civil francés u 1155 del Código civil italiano son resultado de combinar un régimen de transmisión consensual con una amplia protección de las adquisiciones *a non domino*, el 1473 es una norma colocada en un Código que no conoce la transmisión consensual, sino por título y modo, y que, cien años largos después de su publicación, sigue debatiendo si admite las adquisiciones mobiliarias *a non domino*<sup>7</sup>. En consecuencia, los sustratos y fundamentos de los artículos 1141 del *Code civil* y 1155 del *Codice civile*, por una parte, y los del artículo 1473 del Código civil español, de otra, son, por debajo de la coincidencia exterior, totalmente diferentes. La solución española tiene que encontrar sus raíces en otros principios.

### 1.3 Los criterios de solución de la doble venta en los sistemas de título y modo

Si la regulación española de la doble venta es divergente de la prevista en los ordenamientos abstractos (Alemania) y de la prevista en los sistemas consensuales (Portugal, Francia, Italia), es lógico pensar que encontrará su equivalencia y consonancia en los países que admiten todavía un sistema transmisivo basado en la doctrina del título y el modo. Como se sabe, ese sistema transmisivo de título y modo, que fue el imperante en el Derecho romano, sigue siendo el vigente, aparte de en España, en varios ordenamientos europeos, como el austriaco, suizo y holandés.

Sin embargo, a pesar de esa supuesta equivalencia de principios transmisivos, la realidad es que ninguno de los ordenamientos citados, ni siquiera el romano, contempla una solución perfectamente coincidente con la del artículo 1473 del Código civil español. En concreto, el derecho romano, el austriaco, el suizo y el holandés presentan una solución plenamente conforme con el sistema de título y modo, pero que obvia el requisito de la buena fe a la hora de proteger al segundo comprador. Será protegido el comprador con título válido que antes tome posesión de la cosa, independientemente de su buena o mala fe respecto a la existencia de una venta anterior. Así, para el Derecho romano, un texto de Diocleciano del año 293, recogido en C. 3,32,15,pr., establece que «es evidente en Derecho que siempre que en forma legal se venda un predio a dos personas, es preferida para retener el dominio aquella a quien primero se le entregó» (igualmente, C. 4,39,6). Y la misma línea de

<sup>7</sup> Con mejores argumentos para una contestación negativa que positiva: véase sobre ello mi artículo, «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión – Estudio de los artículos 464 y 1897 del Código civil y 35 de la Ley Hipotecaria», *ADC*, 2004, pp. 1055 ss.

atribución de la propiedad al comprador que toma posesión, independientemente de su buena o mala fe, siguen el Derecho austriaco, el suizo y el holandés. El primero de ellos establece su regulación sobre la doble venta en los §§ 430 y 440 de su Código civil, parágrafos ambos determinados por la doctrina del título y modo, pero modalizado el segundo por sustituir para inmuebles la entrega por la inscripción, tal y como corresponde con el sistema de inscripción constitutiva previsto en el § 431. Dice así el § 430 que «si un mismo propietario ha enajenado el mismo bien mueble a dos personas diferentes, a una con entrega del bien y a la otra sin entrega, le corresponderá la cosa al que primero le haya sido entregada»; el § 440 establece por su parte que «si un mismo propietario ha enajenado el mismo bien inmueble a dos personas diferentes, le corresponderá el bien al que primero haya solicitado la inscripción en el Registro».

Los ordenamientos suizo y holandés, por su parte, no contienen ninguna norma legal directamente dirigida a resolver los problemas derivados de la doble venta. Pero en ambos sistemas legales, la solución, derivada de sus principios transmisivos, es coincidente con la del Derecho romano y austriaco y mera aplicación al caso de las reglas del título y modo. Así, por lo que se refiere a Suiza, la doctrina jurídica entiende unánimemente, apoyándose en los artículos que regulan la transmisión de la propiedad conforme con el sistema de título y modo e inscripción constitutiva (arts. 656, 714.1), que en caso de doble enajenación de un bien mueble o inmueble será propietario respectivamente el que primero tome posesión de él o lleve a cabo la inscripción en el Registro, independientemente de que conozca o no la venta anterior<sup>8</sup>. En cuanto a Holanda, aplicando el sistema de título y modo que rige su derecho (art. 3:84 NWJ), y que su Código civil precisa estableciendo que para muebles el modo es la entrega de la cosa (art. 3:90), mientras que para inmuebles es la inscripción en el Registro (art. 3:89), la doctrina y jurisprudencia de este país entiende que en caso de doble venta será propietario quien primero reúna título válido y entrega o inscripción –según se trate de muebles o inmuebles–. El conocimiento de una titularidad obligacional previa tampoco perjudicará aquí la posición de titular real del segundo comprador que primero completó el proceso adquisitivo<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Vid. STADLER, *Gestaltungsfreiheit und Verkehrsschutz durch Abstraktion*, pp. 381 s.; MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, Berlin, 2002, p. 188.

<sup>9</sup> Agradezco al profesor W. J. Zwolve, de la Universidad de Leiden, especialista en todas estas materias, la atención que ha tenido para contestar todas mis preguntas y aclarar mis dudas sobre la solución holandesa a los casos de doble venta.

Con todo, es interesante observar que, en todos los países citados que siguen un sistema de título y modo –Austria, Suiza y Holanda–, se ha ido consolidando en los últimos años una corriente doctrinal y jurisprudencial que, apoyándose en la tutela aquiliana de los derechos de crédito, como es el del comprador, concede al primer comprador una acción por daños extracontractuales contra el segundo cuando éste ha inducido al vendedor a incumplir su obligación con el primero (*Verleitung zum Vertragsbruch; inducement of breach of contract*); acción que, dada la preferencia por la indemnización *in natura*, puede conducir precisamente a una condena a transmitir al primer comprador la propiedad del bien que el segundo adquirió en su perjuicio. El resultado, por vía de esta responsabilidad extracontractual, sería similar al de nuestro artículo 1473<sup>10</sup>.

#### 1.4 Los criterios de solución de la doble venta en España: el artículo 1473 del Código civil

Parece conveniente, antes de proceder a su análisis y pese a ser un artículo bien conocido, transcribir la norma del Código civil que contiene los criterios de solución del problema de la doble venta en España. Dice el artículo 1473: «Si una misma cosa se hubiese vendido a diferentes compradores, la propiedad se transferirá a la persona que primero haya tomado posesión de ella con buena fe, si fuere mueble.

Si fuere inmueble, la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro.

Cuando no haya inscripción, pertenecerá la propiedad a quien de buena fe sea primero en la posesión; y, faltando ésta, a quien presente título de fecha más antigua, siempre que haya buena fe».

Esta norma ha sido ampliamente estudiada por la doctrina y decantada por la jurisprudencia<sup>11</sup>. No pretendo realizar ahora un

---

<sup>10</sup> Por lo que respecta al Derecho austriaco, *vid.* el fundamental trabajo de SCHILCHER/HOLZER, «Der schadenersatzrechtliche Schutz des Traditionserwerbers bei Doppelveräußerung von Liegenschaften», *Juristische Blätter*, 1974, pp. 445 ss.; también ECCHER, «Kommentar § 440, marg. 3», BOLLENBERGER, «Kommentar § 859 marg. 16», KARNER, «Kommentar § 1295 marg. 2», todos ellos en KOZIOL/P. BYDLINSKY/BOLLENBERGER, *Kommentar zum ABGB*, Viena-Nueva York, 2007. Para el Derecho suizo, EULAU, *Verleitung zum Vertragsbruch und Ausnützung fremden Vertragsbruchs*, Zürich, 1976. Para el Derecho holandés tengo que remitirme de nuevo a la información que me ha suministrado el prof. W.J.Zwalve, cuya atención no puedo sino agradecer.

<sup>11</sup> Para un análisis actualizado de la postura del Tribunal Supremo en relación con varios problemas interpretativos del artículo 1473, y en particular con su aplicación a los supuestos de segunda venta posterior a una previa transmisión, véanse las STS de 5.III.07 y 7.IX.07. Sobre la relación entre el artículo 1473 y la cuestión del tercero hipotecario véase SABORIDO SÁNCHEZ, *Reflexiones sobre el tercero hipotecario*, Madrid, 2008, pp. 131 ss.

estudio pormenorizado de ella –labor que excedería por completo de este trabajo, tales son las interconexiones de la norma con otras instituciones–, sino centrarme, como ya he dicho, en un punto que la diferencia del resto de normas que tratan la cuestión en nuestro entorno, incluidas las que se inscriben en un sistema transmisivo de título y modo: me refiero al hecho de que el segundo adquirente, pese a reunir los requisitos adquisitivos exigidos por la doctrina del título y modo, no quedará protegido por el artículo 1473 si conocía la existencia de un anterior contrato de compraventa, aun no consumado, que concediese a un primer comprador un derecho de crédito a la entrega de la cosa. Pero antes de proceder al análisis de este punto, me parece necesario resaltar un desarrollo jurisprudencial que tiene estrecha relación con la cuestión que voy a tratar: desde la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 1908 se entiende unánimemente que la concurrencia de buena fe, aun cuando no se mencione expresamente en el párrafo segundo del artículo 1473, es también requisito para proteger en caso de doble venta al que primero llevó a cabo la inscripción<sup>12</sup>.

Dejando sentada esta cuestión, conviene precisar que el objeto de esa buena fe que se exige en todo caso al segundo comprador no es sólo la propiedad del enajenante, sino también y fundamentalmente el desconocimiento de una compraventa anterior aún no consumada. La cuestión ha sido poco tratada, tal vez por parecer claro a la mayoría de la doctrina que la buena fe se refiere primordialmente al desconocimiento de una titularidad obligacional previa. Pero me parece oportuno aclarar este punto, ya que algunos autores y una aislada Sentencia del Tribunal Supremo han entendido que la buena fe que exige el artículo 1473 del Código civil para defender al segundo comprador se refiere exclusivamente a la titularidad real y no se ve, por tanto, perjudicada por el conocimiento de un derecho meramente obligacional de un comprador anterior<sup>13</sup>.

<sup>12</sup> Entre las últimas, Sentencias del Tribunal Supremo de 11.VI.2004, 16.VII.2004 o la ya citada de 7 de septiembre de 2007. La exigencia de buena fe para la aplicación de este párrafo segundo del artículo 1473 es también criterio casi unánime entre los autores, salvando algunos autores «dualistas extremos», como Núñez Lagos, Tirso Carretero o García García, que consideran la vertiente registral del artículo 1473 como supuesto aplicativo de un artículo 32 de la Ley hipotecaria totalmente desligado del 34.

<sup>13</sup> Así, la Sentencia de 27 de noviembre de 1970. Se trataba de una doble venta de un terreno, primero en documento privado y luego a favor de un segundo comprador, una Cooperativa ganadera que inscribió en el Registro. En primera instancia se había fallado a favor del primer comprador, pese a que no se le había hecho entrega de la cosa, por entender que la Cooperativa ganadera conocía la primitiva venta. En cambio, la Audiencia y el Tribunal Supremo fallaron a favor de la Cooperativa por haber ésta inscrito su título, sin mayores consideraciones. Entre los autores, aparte de los ya mencionados en la nota 12 que consideran que la buena fe no es necesaria para aplicar el párrafo segundo del artículo 1473 –los que he denominado «dualistas extremos»–, FONCILLAS, «El *ius ad rem* en el



La mayoría de autores que se ocupan de la cuestión se inclinan, en cambio, por entender que la buena fe requiere también el desconocimiento de la existencia de una obligación previa<sup>14</sup>. Y ese criterio se encuentra ampliamente consolidado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, en una larga lista de Sentencias, ha entendido que no goza de la protección del artículo 1473 el segundo comprador que sabía que perjudicaba la expectativa adquisitiva de un primer comprador carente de titularidad real sobre la cosa (Sentencias de 11 de febrero de 1946, 27 de mayo de 1959, 18 de noviembre de 1967, 22 de febrero de 1975, 31 de enero de 1985, 20 de julio de 1990, 24 de noviembre de 1995, 8 de febrero de 2001 y 14 de septiembre de 2007)<sup>15</sup>.

---

Derecho civil moderno», *RCDI*, 1934, p. 106; también entienden que la buena fe se refiere sólo a la titularidad real, y no al desconocimiento de derechos obligacionales, DE ÁNGEL YAGÜEZ y GULLÓN BALLESTEROS (el primero en *Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria*; el segundo en su *Curso*. Desgraciadamente, ninguna de esas obras me ha sido accesible; pero transcribe sus opiniones PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del Derecho de crédito*, Madrid, 2005, pp. 210 s.). Con todo, Gullón, en el respectivo tomo del Sistema de Derecho civil, en coautoría con Díez-Picazo, manifiesta otra opinión, pues entienden que «la buena fe es ingrediente fundamental, significando aquí el desconocimiento de que la cosa había sido objeto de venta con anterioridad» (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, III, Madrid, 2001, p. 287).

<sup>14</sup> PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Madrid, 2005, p. 212; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, I, Madrid, 2001, p. 72, nota 34; RUBIO GARRIDO, *La doble venta y la doble disposición*, Barcelona, 1994, pp. 73 s.; GARCÍA CANTERO, «Comentario al artículo 1473», en ALBALADEJO/DÍAZ-ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XIX, Madrid, 1991, p. 267; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil III-1.º*, Barcelona, 1990, p. 258; ALBALADEJO, «Pluralidad de ventas de una misma cosa», en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Battle Vázquez*, Madrid, 1978, p. 28, que la califica de «especialidad fundamental que viene a establecer el artículo 1473»; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil, III-1.º*, Barcelona, 1971, p. 22; ESPÍN CANOVAS, «La transmisión de los derechos reales en el Código civil español», *RDP*, 1945, pp. 356 ss.

<sup>15</sup> La Sentencia de 11 de febrero de 1946 es muy clara, pues otorga la protección a un comprador en documento privado frente a un segundo comprador en escritura pública que inscribió, basándose en los hechos probados que demuestran que el segundo comprador conocía la existencia de la venta anterior.

La Sentencia de 27 de mayo de 1959 trata de nuevo de una primera venta de una finca en documento privado, seguido a los pocos días por una segunda venta de la finca en escritura pública que accede al Registro. Demostrado que los segundos compradores conocían la primera venta, el Supremo falla a favor del primer comprador, a pesar de que los segundos compradores alegaron en su defensa el artículo 34 y que, según ellos, sólo el conocimiento de una transmisión previa da lugar a mala fe.

El Tribunal Supremo se reafirma en su criterio en la Sentencia de 18 de noviembre de 1967, en supuesto idéntico a los anteriores. Frente a la alegación del segundo comprador inscrito de que no es de mala fe, pues la venta anterior ni transmitió la propiedad ni provocó por tanto inexactitud registral, el Tribunal declara de nuevo que el conocimiento de la venta anterior no consumada perjudica la buena fe exigida para proteger al segundo adquirente.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1975 vuelve a dar la razón, apoyándose en el artículo 1473, a un primer comprador en documento privado frente a un segundo en documento público, no inscrito, que conocía la existencia de la primera venta. Tiene interés que la Sentencia salva la alegación del artículo 1227 Cc. con el hecho de que el documento privado había sido presentado ante Notario para requerir a la parte vendedor-

Pero aparte de ser ese el parecer casi unánime de la doctrina y de la jurisprudencia, y el sentido interpretativo más obvio del propio texto legal, hay algún argumento interno en el artículo 1473 que lleva a concluir que la buena fe se refiere fundamentalmente, y en algunos casos exclusivamente, al desconocimiento de una venta anterior no consumada.

Así, en el caso del párrafo segundo del artículo –bienes inmuebles inscritos, justamente el párrafo que no menciona la buena fe– es posible interpretar el requisito de la buena fe como desconocimiento de que el vendedor, pese a que siga apareciendo como propietario en el Registro, ha traspasado ya el dominio, es decir, como desconocimiento de una inexactitud registral. Cabría, en efecto, dándole sentido al citado párrafo, interpretar restrictivamente el objeto de la mala o buena fe, haciendo que sólo se refiera al conocimiento o desconocimiento de que el titular inscrito ya no es propietario: la mala fe impediría la adquisición del comprador que inscribe, cuando éste supiese que el titular inscrito ya no era propietario por haber adquirido un anterior comprador al que se

---

ra a su elevación a público, «y sobre todo, por el conocimiento de él que tenía el recurrente, según afirmación tajante de la Audiencia».

En la Sentencia de 31 de enero de 1985 el Tribunal Supremo vuelve a otorgar su protección al primer comprador en documento privado frente a un segundo comprador en escritura pública que inscribió conociendo la existencia de la primitiva compraventa.

El mismo criterio reitera la Sentencia de 20 de julio de 1990, al enfrentar a un primer comprador en documento privado con un segundo en escritura pública que conocía la existencia de la primera venta.

La misma doctrina aplica el Tribunal Supremo en la Sentencia de 24 de noviembre de 1995, en la que el segundo comprador (una hermana de la vendedora) conocía la existencia de la venta anterior. (A diferencia del resto de Sentencias citadas, en ésta no se aclara expresamente que la primera venta fuera en documento privado; pero así se deduce de la Sentencia, de otorgarse tal contrato en sábado, y de que los compradores comparecieron posteriormente en una Notaría para exigir su elevación a público).

La Sentencia de 8 de febrero de 2001, algo compleja, trata de dos acreedores que han procedido a embargar un inmueble haciendo sobre él sendas anotaciones preventivas de embargo; el acreedor que procedió a anotar primero el embargo, acumuló luego su expediente de apremio con otros que tenía abiertos contra el deudor, dando lugar a una nueva anotación preventiva, postergada en el rango frente a la del otro acreedor. El adjudicatario por el segundo embargo conocía la existencia del primero, y no puede acogerse al 1473 del Cc. porque, como dice la Sentencia «estamos en un caso que desemboca en una doble venta y quien colaboró en la maniobra torticera, o al menos la conoció no merece protección».

Por último, la Sentencia de 14 de septiembre de 2007 vuelve a presentar el supuesto típico de un segundo comprador que adquiere por escritura pública e inscribe conociendo la primera venta en documento privado a favor de una empresa competidora de la segunda compradora. El Tribunal Supremo vuelve a conceder la protección al primer comprador en documento privado, amparándose en que al segundo comprador inscrito le faltaba buena fe, entendida como desconocimiento de la venta anterior.

No he querido citar otras Sentencias del Tribunal Supremo en las que, pese a ser la argumentación la misma y actuar con la misma *ratio decidendi* (conocimiento de la venta anterior en documento privado), de la Sentencia se deduce que los primeros compradores en documento privado habían consumado la transmisión de la propiedad con la entrega de la cosa: Sentencias de 23 de junio de 1951, 11 de junio de 1954, 30 de enero de 1960, 30 de abril de 1974, 3 de mayo de 1985 y 15 de julio de 2004.

hizo *traditio* en cualquiera de sus formas. El hecho de que existiese una venta anterior no consumada, como no produciría inexactitud registral, pues no existe transmisión de la propiedad hasta que no se produce la entrega, no perjudicaría la buena fe del segundo adquirente. El párrafo segundo sería mera aplicación de los artículos 34 y 32 de la Ley Hipotecaria, pero no sería incoherente. No se referiría ya a una doble venta, sino a una venta de cosa ajena, lo cual no dejaría de resultar paradójico, pero no sería en sí contradictorio<sup>16</sup>.

En cambio, en el párrafo primero y tercero del artículo 1473 –precisamente los párrafos que mencionan la buena fe–, no es posible entender que la mala fe sólo se refiera al conocimiento de que el vendedor ya no era propietario por haber consumado una compraventa anterior sin caer en contradicción con doctrinas interpretativas ya fijadas por el Tribunal Supremo: en concreto, con la que establece que la posesión que sirve como criterio de atribución de preferencia en el artículo 1473 es cualquier forma traditoria prevista en los artículos 1462 a 1464<sup>17</sup>. En efecto, si del objeto de la buena o mala fe en los casos de los párrafos primero y tercero del artículo 1473 se excluye la existencia de una venta no consumada, habrá que concluir que comprador de mala fe ha de ser el que conozca que el vendedor ya no era propietario, por haber vendido y transmitido a un primer comprador, y de buena fe el que le tenga por tal. Y si por ser este último de buena fe le defendemos frente a un primer comprador que adquirió por título y modo, resultará que estamos favoreciendo, frente a un primer comprador que ya adquirió la propiedad, a un segundo al que también se le hizo entrega. Segundo comprador que, por intentar dar un poco de lógica al artículo, no podrá ser otro que el que recibió mediante entrega material, desconociendo que el anterior comprador recibió por *traditio* instrumental (art. 1462-2.º) o por *constitutum possessorium* (art. 1463). En resumen, que si se excluye del objeto de la buena o mala fe la existencia de una compraventa anterior no consumada –una simple titularidad obligacional–, habrá que contradecir la doctrina fijada por el Tribunal Supremo, de que a efectos del artículo 1473 la toma de posesión alude a cualquier forma traditoria. Problema interpretativo que, de querer mantenerse que la buena o mala fe sólo se refiere a las titularidades reales, y no a las obliga-

<sup>16</sup> Después de unos años de cierta indefinición, en los que se excluyó del ámbito de aplicación del 1473 del Código civil los supuestos de venta de cosa ajena, las Sentencias de 5 de marzo de 2007 y 7 de septiembre del mismo año, ya citadas, han vuelto a la tradicional doctrina de que el párrafo segundo del artículo 1473 se aplica tanto a la doble venta como a los supuestos en que, por haberse perfeccionado ya una primera venta, hay propiamente venta de cosa ajena.

<sup>17</sup> STS de 5 de noviembre de 1973, 25 de marzo de 1994 y 18 de mayo de 2005.

cionales, se agrava hasta lo absurdo en el caso de la última frase del artículo 1473, donde, concurriendo dos meros compradores, el Código concibe la posibilidad de que el segundo de ellos sea de mala fe: referida la mala fe sólo a la titularidad real, ¿cómo puede darse en una situación de concurrencia entre dos compradores que no han consumado sus compraventas?

En conclusión: que del sentido más claro del texto legal, de su interpretación por la doctrina mayoritaria y de su aplicación por la jurisprudencia, así como de un análisis detallado de su tenor literal, se deduce que la buena o mala fe se refiere, como ya dije, propia y fundamentalmente a la existencia de una compraventa anterior no consumada. En el último caso del párrafo tercero –concurrencia entre dos compradores que no han consumado sus compraventas–, como ya se ha visto, la buena fe no podrá, por definición, referirse a la titularidad real. En los casos del párrafo primero y del supuesto primero del párrafo tercero –preferencia del comprador que toma posesión con buena fe–, referirla además de a la inexistencia de pretensiones obligacionales, a la inexistencia de mutaciones reales, entrañaría admitir la prevalencia de unos modos traditorios sobre otros, en contra de la opinión consolidada del Tribunal Supremo, y de lo que me parece el criterio más acertado. Sólo en el caso del párrafo segundo –preferencia del comprador que inscribe con buena fe– se refiere la buena fe tanto a la inexistencia de una venta no consumada como a la de una transmisión no inscrita. Siendo este último supuesto –desconocimiento de una transmisión no inscrita–, simple aplicación de los artículos 32 y 34 de la Ley hipotecaria.

Y con esto vengo a dos puntos que me parece importante destacar. Primero, que el artículo 1473 del Código civil no da lugar, fuera del caso de la protección del comprador inscrito frente al adquirente anterior, ya prevista en los artículos 32 y 34 de la Ley hipotecaria, a ningún caso de adquisición *a non domino*, pues si el primer comprador tomó posesión por cualquier modo traditorio, será él el protegido, y el comprador *a non domino* no adquirirá propiedad alguna. Y segunda, que el resultado previsto por el párrafo segundo del artículo 1473 para el caso de que el comprador inscrito conozca la existencia de una previa titularidad obligacional, no es mera aplicación de los artículos 34 y 32 de la Ley hipotecaria –como sí lo es en caso de protección del comprador de buena fe inscrito frente al adquirente anterior no inscrito– sino que supone una alteración en lo que sería el régimen impuesto por estos artículos, ya que, sin existir inexactitud registral –discordancia entre Registro y titularidad real–, ni por tanto mala fe en el sentido de

esos artículos de la Ley hipotecaria –conocimiento de la inexactitud registral–, un adquirente inscrito, que adquiere de propietario y que además reúne los requisitos de los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, por el hecho de conocer la venta anterior, va a quedar postergado frente a un mero titular obligacional.

Con todo esto llegamos ya al punto esencial de la cuestión que venimos tratando: que la exigencia de buena fe, entendida como desconocimiento de una titularidad obligacional previa, que impone el artículo 1473 para proteger al segundo adquirente que toma posesión o incluso inscribe en el Registro, entraña una corrección de las reglas que para resolver la doble venta se deducirían de la estricta aplicación de la teoría del título y el modo, que no serían otras que la preferencia del primer comprador que adquiriese la propiedad, independientemente de su buena o mala fe, y salvo que la fe pública registral impusiese otra solución. Es decir, que la estricta aplicación de la teoría adquisitiva del título y modo debiera llevar a la solución que previó el Derecho romano y que hoy acogen los Derechos austriaco, suizo y holandés: prevalencia del comprador que adquirió por título y modo, independientemente de su buena o mala fe.

Pero es que el artículo 1473, además de no ser del todo conforme con el sistema adquisitivo de título y modo, provoca un resultado extraño, que suele ser pasado por alto: que un titular de una mera pretensión obligacional, con supuestos efectos *inter partes*, vaya a poder accionar frente al adquirente de un bien que conocía que con su adquisición defraudaba la pretensión adquisitiva del primero; el segundo comprador adquirirá su propiedad, pero esa adquisición será claudicante frente al primitivo comprador, acreedor de dominio, que podrá imponerle la pretensión a la transmisión del bien<sup>18</sup>.

¿Por qué el Derecho español se ha apartado, al resolver el problema de la doble venta, de la estricta aplicación de la teoría del título y el modo y ha introducido un factor, la buena o mala fe del segundo adquirente, que modaliza los resultados del sistema, hasta el punto de dejar en entredicho el principio de relatividad de los contratos? Una serie de autores que han tratado del artículo 1473 tienden a explicar el requisito de buena fe que impone la norma

---

<sup>18</sup> No me parece adecuado entender que el segundo comprador que carece de buena fe, en el sentido de desconocer la venta anterior no consumada, no llegue a hacerse propietario pese a tener título y modo, pues, de sostenerse esto, y en caso de que el primer comprador decida no accionar contra él, sino únicamente contra el vendedor por incumplimiento, resultará que el bien quedará vacante, o en el patrimonio del vendedor, principal artífice del fraude, soluciones ambas poco coherentes.

como una exigencia del principio general del mismo nombre<sup>19</sup>. La explicación, siendo en sí cierta, resulta en cierto modo tautológica, y deja en penumbra la raíz del problema: ¿por qué vía llegó ese requisito de la buena fe a figurar entre los criterios de solución de la doble venta en Derecho español? ¿Por qué otros Derechos europeos, en los que la buena fe figura también como principio general, no han llevado a cabo ese desarrollo? ¿Qué institución permitió acoger la buena fe como criterio determinante de la doble venta en Derecho español mucho antes de que la buena fe, como principio general, fuese, en 1974, institucionalizada en el artículo 7.1 del Código Civil? Porque, contra lo que podría pensarse, la exigencia de la buena fe para proteger al comprador que toma posesión en casos de doble venta no es un desarrollo reciente del Derecho español, ni es una novedad introducida por el Código Civil, sino que recoge la tradición española.

Algún autor que ha tratado del requisito de la buena fe en el artículo 1473 ha mencionado que es consecuencia de la pervivencia en el Derecho español de la institución del *ius ad rem*<sup>20</sup>. Pero la mayoría de autores que se ocupan del problema, aunque mencionan esa institución del *ius ad rem* como un posible antecedente explicativo del artículo 1473, tienden a negar que el artículo sea aplicación de esa doctrina, considerada como una rémora medieval y un intento de desarrollar un imposible *tertium genus* entre los derechos reales y los obligacionales, buscando un derecho que, sin ser real, tenga ciertos efectos frente a terceros<sup>21</sup>. En fin, llegados a este punto me parece necesario examinar la génesis y orígenes de los criterios de solución de la doble venta, para intentar descubrir cuándo y por qué se institucionalizó en el Derecho español el requisito de la buena fe como exigencia para la defensa del adquirente en casos de doble venta. Me remontaré para ello hasta la distinción entre derechos reales y obligacionales en Derecho romano y en la Edad Media, pues habrá que ver si el efecto peculiar del artículo 1473 –que un titular obligacional venza a un titular real que no contrató con él– rompe la estricta distinción entre derechos reales y obligacionales o es compatible con ella.

<sup>19</sup> PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-1.º, Barcelona, 1971, pp. 21 s.; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, II-1.º, 14 ed. revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1992, p. 293.

<sup>20</sup> ESPÍN CANOVAS, «La transmisión de los derechos reales en el Código civil español», *RDP*, 1945, pp. 356 ss.

<sup>21</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho Hipotecario*, I, p. 72, nota 34; LACRUZ et al., *Elementos de Derecho civil*, III, Derechos reales, vol. 1.º, Madrid, 2003, p. 9; CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, II-1.º, revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, p. 56; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, III-1.º, p. 21.

## 2. LOS ORÍGENES HISTÓRICOS DEL REQUISITO DE LA BUENA FE EN LA DOBLE VENTA

### 2.1 La ejecución necesariamente pecuniaria del derecho del comprador en Derecho romano

Como es bien sabido, el Derecho romano clásico es un Derecho formal y estructurado por el procedimiento formulario, de forma que la acción determina y configura el contenido del Derecho. Así, la conocida distinción entre derechos reales y obligacionales o personales no existe como tal en Derecho romano, sino sólo como una distinción procesal entre *actiones in rem* y *actiones in personam*. Las primeras son aquellas en que en la *intentio*, parte de la fórmula en que se sustancia el derecho pretendido por el demandante, no figura el nombre del demandado, sino únicamente una genérica alusión a cualquier persona que perturbe el presunto derecho del demandante; sólo en la *condemnatio*, cláusula por la que se manda condenar a alguien si se demuestra el derecho del demandante, figurará ya el nombre del demandado. En cambio, las *actiones in personam* se caracterizan porque el nombre del deudor demandado, además de en la *condemnatio*, aparece ya en la propia *intentio*<sup>22</sup>.

En principio, tanto las *actiones in rem* como las *actiones in personam* daban lugar a una ejecución meramente pecuniaria («*omnis condemnatio pecuniaria*»<sup>23</sup>). Pero las acciones reales y algunas acciones personales de restitución, como la de depósito y comodato, conducían, de modo indirecto, a una ejecución *in natura*: en estas acciones, el juez, en vez de determinar él la cuantía de la pena pecuniaria, ofrecía al demandante que fijase la valoración que hacía del bien (*iusiurandum in litem*); y concedía a la vez al demandado la posibilidad de eludir el pago de esa cantidad si restituía la cosa al demandante (cláusula arbitraria). De este modo, el actor lo que en realidad hacía era fijar a qué precio estaba dispuesto a desprenderse del bien, de forma que el demandado podía elegir entre pagar esa cantidad y conservar la cosa, o restituirla y liberarse de la condena<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, 2004, § 80; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, Munich, 1996, § 47 III-IV.

<sup>23</sup> Gai 4,48: «*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*». Tomo el texto de las instituciones de Gayo de DOMINGO (Coord.), *Textos de Derecho romano*, que recoge a su vez la clásica edición de Seckel-Kübler.

<sup>24</sup> D'ORS, *Derecho privado romano*, § 77; KASER/HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, § 48.

La evolución postclásica tiende a la admisión en muchos casos de una ejecución *in natura*, pero, bien sea porque esa evolución no llegó a consumarse, bien sea porque el clasicismo de Justiniano le hizo volver en ciertos casos al principio de *condemnatio pecuniaria*, lo cierto es que en el *Corpus Iuris Civilis* conviven el régimen postclásico de ejecución específica para una serie de acciones con el clásico de ejecución pecuniaria para otras. A pesar de que existen ciertas contradicciones en el *Corpus Iuris* sobre este punto, la doctrina entiende, ya desde la misma época de los glosadores, que daban lugar a ejecución *in natura* no sólo las acciones reales y las personales de restitución, que ya desde la época clásica, por medio de la «cláusula arbitraria», tendían a esa forma de cumplimiento, sino también las acciones personales dirigidas al cumplimiento de una obligación de *dare*. En cambio, las acciones personales tendentes al cumplimiento de obligaciones de *facere* o de *praestare*, seguían llevando aparejada únicamente una ejecución mediante equivalente pecuniario<sup>25</sup>.

El problema era que de esta delimitación de ámbitos entre el cumplimiento específico y por equivalente surgía una grave dificultad para la satisfacción del comprador que pretendía la entrega de la cosa. En efecto, hay que tener en cuenta que en la clasificación romana de las obligaciones según el contenido de la prestación, que distingue las obligaciones de transmitir la propiedad o constituir un derecho real (*obligationes dandi*), de aquellas que consisten en realizar un determinado comportamiento (*obligationes faciendi*), o de garantizar o responder de una conducta (*obligationes praestandi*), la obligación del vendedor no se encuadraba en las obligaciones de *dare*, sino en las de *facere*, pues no se comprometía la transmisión de la propiedad, sino la entrega de la *vacua possessio*, y para los juristas romanos el *tradere* constituía siempre un género de *facere*<sup>26</sup>. De lo que se derivaba que el comprador que

<sup>25</sup> ZIMMERMANN, *The law of obligations*, Oxford, 1996, p. 772 s.; NEHLSSEN-VON STRYK, «Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung», *AcP*, 193 (1993), pp. 538 s.; RÜTTEN, «Zur Entstehung des Erfüllungszwangs im Schuldverhältnis», en *Festschrift für Joachim Gernhuber*, Tübinga, 1993, pp. 941 s.; DILCHER, «Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie», *SZ*, 78 (1961), pp. 277 ss., 282. Una posición minoritaria en este punto sostienen Kaser y Hackl (*Das römische Zivilprozessrecht*, § 93 II 2 b; también KASER, *Das römische Privatrecht*, II, Munich, 1975, § 257 II), que entienden que la ejecución *in natura* abarcó en el *Corpus Iuris* prácticamente todos los supuestos, y que explican los abundantes textos en que sólo se admite la ejecución pecuniaria como supervivencias del Derecho clásico que deben ser corregidas en este punto.

<sup>26</sup> Sobre la distinción entre obligaciones de *dare*, *facere* y *praestare*, vid. CUENA BOY, «La prestación y sus requisitos», en PARICIO (Coord.), *Derecho romano de obligaciones – Homenaje al Prof. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 95 ss. También D'ORS, *Derecho privado romano*, § 349. El hecho de que la prestación de *vacuam possessionem tradere* sea de *facere* y no de *dare*, se deriva con claridad de varios textos (p.ej. D. 45,1,75,7,



no obtenía la entrega de la cosa por el vendedor no podía imponer la ejecución *in natura*, sino que había de conformarse con el equivalente económico de la cosa vendida<sup>27</sup>.

## 2.2 El *ius ad rem* como pretensión del comprador dotada de ejecución *in natura* y con alcance frente a tercero de mala fe

La situación descrita en el epígrafe anterior –falta de ejecución específica de la pretensión del comprador a la entrega– fue heredada por los primeros glosadores que se enfrentaron con las fuentes romanas en la época de la Recepción. Aceptando que las obligaciones de *facere* no daban lugar a ejecución *in natura* –«*nemo potest praecise cogi ad factum*»–, la consecuencia que de ahí se derivaba, por más que resultase grave, era la incoercibilidad de la prestación del vendedor, de forma que el comprador, en casos de falta de cumplimiento, debía contentarse con obtener el resarcimiento económico<sup>28</sup>. Así lo declara Búlgaro, y a su opinión se adhirieron la mayoría de los glosadores que trataron del asunto (Rogerio, Placentino, Odofredo, Johannes Bassianus, Azo y, en un primer momento, Accursio). Sin embargo, junto a esa doctrina mayoritaria convivió, ya en esa época de los glosadores, un sector doctrinal minoritario, encabezado por Martino, y al que se adhirieron Rofredo y, cambiando de opinión, Accursio, que sostenía la coercibilidad *in natura* de la obligación de *tradere* del vendedor<sup>29</sup>.

Esa que era posición minoritaria entre los glosadores pasó, por la influencia de la *Glossa ordinaria* de Accursio, y por el prestigio de Bártolo, que tomó postura a favor de esta posición, a ser doctrina prácticamente unánime entre los postglosadores o comentaristas. Ciertamente, éstos siguieron sosteniendo, con más fuerza incluso que sus antecesores, la inexigibilidad *in natura* de las obligaciones de *facere*<sup>30</sup>; pero, sin perjuicio de ello, comenzaron a aproximar, en cuanto a su eficacia ejecutiva, la obligación de *tra-*

D. 45,1,72,pr., D. 45,1,28) y es admitido unánimemente por la doctrina: además de los dos autores recién citados, ZIMMERMANN, *The law of obligations*, p. 773; NEHLSSEN-VON STRYK, «Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung»..., p. 539; KASER, *Das römische Privatrecht*, I, Munich, 1971, § 130 V 1 (p. 551).

<sup>27</sup> De entre los textos del *Corpus Iuris Civilis* que imponen esta solución vid. D. 19,1,1,pr.; D. 19,1,11,9; C. 4,49, 4; C. 4,21,17,pr. Puede consultarse además la doctrina citada en la nota anterior, en el mismo lugar allí citado.

<sup>28</sup> COING, *Derecho privado europeo*, I, Madrid, 1996, pp. 547 ss.

<sup>29</sup> Vid. los textos y un resumen de las opiniones de estos autores en el detallado trabajo de DILCHER, «Geldkondemnation und Sachkondemnation in der mittelalterlichen Rechtstheorie», *SZ*, 78 (1961), pp. 287 ss.; también aporta interesantes textos y comentarios SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf – Zur Rechtsstellung des ersten Käufers im gelehrten Recht des Mittelalters*, Berlin, 1999, pp. 63 ss.

<sup>30</sup> DILCHER, «Geldkondemnation ...», *SZ*, 78 (1961), pp. 291 ss.

*dere* propia de la compraventa a las obligaciones de *dare*. Así dice Petrus Jacobi de la obligación del vendedor que «potest dici, quod rem tradi ex causa venditionis non est mere factum, sicut domum aedificari: imo fraternizat in aliquo cum rem dari... Ergo probabiliter potest dici, quod si venditor rem habet, quod cogatur eam tradere». Y del mismo modo Bártolo, quien sostiene la exigibilidad *in natura* de la obligación de *tradere* del vendedor, explicando «Ratio: quia quando quis tenetur ex causa emptionis, non tenetur ad merum factum: immo dicta obligatio participat naturam obligationis dandi...»<sup>31</sup>.

De este modo, trazando una analogía entre las obligaciones de *dare* y la obligación de *tradere* del vendedor, los comentaristas, ahora ya de modo unánime (Cino de Pistoya, el ya citado Bártolo, Baldo, Petrus de Bellapertica, Saliceto, Paulo de Castro, Jasón de Mayno), entienden que, aunque las obligaciones de *facere* no son en general coercibles *in natura*, la obligación de *tradere* del vendedor representa en esto una excepción, de forma que el comprador puede exigir judicialmente el cumplimiento específico<sup>32</sup>.

Paralelo a este desarrollo, e influyendo en él, se encuentra otro del Derecho canónico, tendente a conceder una ejecución *in natura* al titular de un derecho a la adquisición de un beneficio, cuando este beneficio no le es entregado. En el ámbito canónico, por paralelismo con el sistema de título y modo del Derecho civil, se entendía que la designación para un oficio eclesiástico –a menudo por un patrón laico o capítulo eclesiástico– no daba lugar al disfrute del beneficio anejo y previsto para su mantenimiento –normalmente, una porción de bienes de la Iglesia– hasta que se produjese la efectiva colación por el superior que confería canónicamente el cargo y el beneficio. En consecuencia, y también por paralelismo con la estructura de la compraventa civil, los canonistas entendían primeramente que, el designado para un oficio eclesiástico, en tanto no le fuera colacionado el cargo, no tenía acción para exigir el disfrute del beneficio, sino, todo lo más, una indemnización pecuniaria, dado que la obligación de llevar a cabo la colación se consideraba una obligación de *tradere*, que no daba lugar a cumplimiento específico<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Véase los textos de estos autores, así como los de otros postglosadores que comparten unánimemente esa opinión, en DILCHER, «Geldkondemnation...», *SZ*, 78 (1961), pp. 296 ss.

<sup>32</sup> Además de Dilcher, en los lugares citados, *vid.* NEHLSSEN-VON STRYK, «Grenzen des Rechtszwangs: Zur Geschichte der Naturalvollstreckung»..., p. 540 ss.; MEIJERS, «Le soi disant jus ad rem», *Etudes d'Histoire du Droit*, IV, Leyden, 1966, pp. 175, 185 ss.

<sup>33</sup> LANDAU, «Zum Ursprung des ius ad rem in der Kanonistik», en *Proceedings of the third International Congress of Medieval Canon Law*, Ciudad del Vaticano, 1971, p. 81: se trata de un trabajo fundamental sobre los orígenes canónicos del *ius ad rem*.

Pues bien, como ha demostrado Landau, desde comienzos del siglo XIII, y en concreto desde la Decretal «Pastoralis» de Inocencio III del año 1204 (Liber Extra 3,38,29), se admite que quien ha sido designado por un clérigo para un oficio eclesiástico, siempre y cuando cumpla los requisitos de ese cargo, tiene un derecho a pedir la ejecución de ese nombramiento mediante la colación del cargo y de su beneficio<sup>34</sup>. Los decretistas entendieron que, hasta que se colacionasen cargo y beneficio, el nombrado para un cargo no era titular de un *ius in re* sobre el mismo, pero sí de lo que ellos llamaron un «ius ad rem», un derecho personal que llevaba aparejada la facultad de exigir el cumplimiento específico, es decir, la colación de oficio y beneficio. La designación de ese derecho como «ius ad rem» aparece ya en comentarios de decretales que pueden fecharse entre 1206 y 1210, y tal denominación se extiende hasta el punto que puede datarse la acogida del término en decretales desde el papado de Bonifacio VIII (1294-1303)<sup>35</sup>.

Desde su origen canónico, la expresión *ius ad rem* se extiende al ámbito del derecho civil y del derecho feudal para denominar ese derecho a la ejecución *in natura* de una obligación de *tradere*<sup>36</sup>. Entre los civilistas, la expresión fue empleada por Petrus de Bellapertica y, en sentido aún más restringido, para denominar el derecho del comprador a la entrega de la cosa, por Bártolo<sup>37</sup>. En el Derecho feudal la expresión *ius ad rem* es acogida por primera vez en una «Summa feudorum», fechada entre 1230 y 1250, cuya autoría ha sido a menudo falsamente atribuida a Jacobus de Ravanis<sup>38</sup>.

Baldo de Ubaldis dio un paso decisivo en la caracterización del *ius ad rem*, ya que juzgó que la eficacia ejecutiva de ese derecho del comprador a la entrega de la cosa era de tal virtualidad que le

---

Vid. también MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, Berlín, 2002, pp. 108 ss.; OGRIS, «Ius ad rem», en ERLER/KAUFMANN, *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, II, Berlín, 1978, col. 491.

<sup>34</sup> LANDAU, «Zum ursprung...», en *Proceedings of the third International Congress of Medieval Canon Law*, Ciudad del Vaticano, 1971, pp. 90 ss.

<sup>35</sup> Para todos estos datos, LANDAU, «Zum ursprung...», en *Proceedings of the third International Congress of Medieval Canon Law*, Ciudad del Vaticano, 1971, pp. 83 ss., 95 ss.

<sup>36</sup> Después del trabajo de Landau recién citado, es pacífico en la doctrina europea que la expresión *ius ad rem* surgió en el ámbito del Derecho canónico (WESENER, «Dingliche und persönliche Sachenrechte – Iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung», *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, p. 197). Sin embargo, los autores españoles que han tratado esta cuestión han seguido demasiado apegados a opiniones anteriores ya superadas, que veían el origen del término «ius ad rem» en el derecho feudal.

<sup>37</sup> Véase las citas en WESENER, «Dingliche und persönliche Sachenrechte – Iura in re und iura ad rem. Zur Herkunft und Ausbildung dieser Unterscheidung», *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, pp. 197 ss.; también en MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, p. 120.

<sup>38</sup> Puede verse el texto y la crítica a su atribución a Jacobus de Ravanis (Jacques de Révigny), en MEIJERS, «Le soi disant jus ad rem», *Etudes d'Histoire du Droit*, IV, Leyden, 1966, p. 175 nota 2, 177 ss.

permitía imponerse no sólo al vendedor renuente, sino incluso a un tercer adquirente del bien que hubiese conocido la existencia de la anterior compraventa o que hubiese adquirido por donación<sup>39</sup>. Aunque no se pueden desdeñar ciertos precedentes y antecedentes que explican la originalidad de este desarrollo –perceptibles, sobre todo, en la tendencia moralizadora del Derecho canónico–, lo cierto es que hay que atribuir a la creatividad de Baldo el haber introducido este criterio innovador<sup>40</sup>. La solución por él aportada suponía una novedad respecto a las fuentes romanas (los ya citados C. 3,32,15,pr. y C. 4,39,6), pues si esos textos no hacían sino aplicar el sistema de título y modo a los casos de doble venta, atribuyendo la propiedad al comprador que primero fuese en la posesión, Baldo exigía además que el comprador al que primero se hacía entrega fuese de buena fe, entendida como desconocimiento de la venta anterior. En otro caso, o si el adquirente era a título lucrativo, el primer comprador tendría una acción para revocar la adquisición del segundo, por más que éste hubiere recibido de propietario mediante título y modo.

La doctrina de Baldo relativa a la prevalencia de la acción meramente personal del primer comprador sobre la posición del adquirente que, con mala fe o a título lucrativo, había tomado posesión de la cosa, se fue difundiendo, paulatina pero terminantemente, entre los juristas posteriores del *mos italicus*. Se sumaron a ella entre otros, remitiéndose expresamente a Baldo, Jasón de Mayno y Mariano Socinus, llegando a ser doctrina común entre los últimos comentaristas<sup>41</sup>. A partir de este momento, no se sabe si por lo peculiar del efecto frente a tercero o por el hecho de haberse consolidado como *communis opinio* la admisión del cumplimiento específico de la obligación de *tradere* del vendedor, lo cierto es que el termino *ius ad rem* vino a designar fundamentalmente la eficacia

<sup>39</sup> El texto de Baldo dice así: «Mirabiles conclusiones videtur inferri in hanc materia: vendidisti mihi rem aliquam et, antequam tradas, vendidisti et tradidisti eam Titio in fraudem meam. Nam in rei vindicatione et publiciana potior est Titius, tamen si fraudem participavit, revocabo. Si autem fuit sibi donata, revocatur etiam si fraudem non participavit, etc.» (BALDUS, *Commentaria in VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros*, ad 7,75, rubrica núm. 1; tomo la cita de WESENER, «Dingliche und persönliche...», *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, p. 203 nota 55; también SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, p.184).

El texto puede traducirse al castellano del siguiente modo: «Sorprendentes son los resultados que se infieren en esta materia: me vendiste una cosa y, sin llegar a entregármela, se la vendiste y entregaste a Titius, defraudándome así. En lo referente a la acción reivindicatoria y a la publiciana es preferible Titius; sin embargo, si éste participó en el fraude, podré revocar (su adquisición). Y si le fue donada, podré revocar incluso en caso de que no haya participado en el fraude, etc.».

<sup>40</sup> Vid. SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, pp. 188 ss., que ha estudiado el asunto con detenimiento.

<sup>41</sup> SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, p. 197 ss., 229.

del derecho del comprador contra tercer adquirente de mala fe o a título lucrativo<sup>42</sup>.

Dos puntos me parece importante mencionar antes de tratar de la recepción en España de esta doctrina medieval. En primer lugar, que el *ius ad rem*, entendido como el que permite a un primer comprador imponerse frente a un segundo adquirente de mala fe o a título lucrativo, no fue concebido por los autores medievales como un *tertium genus* o figura intermedia entre los derechos reales y de crédito, sino como un propio y típico derecho obligatorio –el del comprador a la entrega de la cosa vendida–; el hecho de que un derecho obligatorio cuente en este caso con una virtualidad suficiente para alcanzar a tercero, no se debe a que tenga ciertos efectos o naturaleza real, sino a que ese tercero, por ser de mala fe o a título lucrativo, se encuentra en una posición jurídica claudicante: su mala fe o la falta de onerosidad de su adquisición le privan de la protección normalmente prestada al adquirente contra las pretensiones obligatorias que vinculaban al transmitente<sup>43</sup>.

El segundo punto que quiero destacar es que Baldo y los comentaristas posteriores, al articular la pretensión del primer comprador dirigida a recuperar la cosa de manos de un segundo adquirente de mala fe o por título lucrativo, recurrieron a la acción revocatoria o pauliana, única acción personal conocida que permitía recuperar un bien de un adquirente por razón de conocer éste el perjuicio causado a un tercero o carecer de título oneroso. En efecto, como han destacado los estudios históricos sobre la acción revocatoria y sobre el *ius ad rem*, Baldo y sus seguidores, prescindiendo del hecho de que el vendedor no se encontrase en situación de insolvencia, requisito normalmente exigido para poder accionar con la acción revocatoria, ampliaron el campo de esta acción para pro-

<sup>42</sup> WESENER, «Dingliche und persönliche...», p. 203; MICHAELS (*Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, p. 56) entiende que el término es anfibológico. Pero lo cierto es que a partir de Baldo se consolidó el uso de «ius ad rem» para denominar la posible eficacia de la acción del comprador frente a tercero de mala fe o a título lucrativo, quedando relegado su empleo para referirse a la exigibilidad *in natura* de ciertas obligaciones de *tradere*, típicamente la del vendedor.

<sup>43</sup> Es muy citado en este contexto un pasaje de Jason de Mayno: «ius ad rem quod non nisi in obligatione consistit». A su opinión y a su caracterización se suman la mayoría de autores posteriores de derecho común (*vid.* las citas en WESENER, «Dingliche und persönliche...», *Festschrift Niederländer*, Heidelberg, 1991, pp. 198 ss.). En el mismo sentido, es muy expresiva la conclusión a la que llega Meijers al final de su trabajo sobre el *ius ad rem*: «l'expression ius ad rem [...] n'a jamais servi à autre chose qu'à désigner un droit personnel à la délivrance d'une chose ou une créance personnelle en général. Entre l'action personnelle et le droit réel, les civilistes n'ont pas connu de forme intermédiaire. Le seule chose frappante dans l'évolution historique de ces notions est la manière dont l'obligation –en général– a perdu de plus en plus son caractère strictement relatif pour acquérir également, en des cas de plus en plus nombreux, des effets juridiques vis-à-vis de tiers» (MEIJERS, «Le soi disant jus ad rem», *Etudes d'Histoire du Droit*, IV, Leyden, 1966, p. 188).

teger por medio de ella al primer comprador defraudado en sus expectativas adquisitivas<sup>44</sup>.

### 2.3 Recepción y pervivencia en España de la doctrina del *ius ad rem*

La doctrina castellana fue, en materia de doble venta, especialmente sensible a la hora de seguir la evolución recién expuesta del Derecho común. Así, Partidas 5,5,50 recoge textualmente la solución del derecho romano, simple aplicación de la doctrina del título y modo, declarando la propiedad de quien primero sea en la posesión de la cosa y pague el precio<sup>45</sup>; en cambio, los autores del siglo XVI, que habían de conformar la doctrina española de los siguientes siglos, reciben ya todos y acogen unánimemente la precisión introducida por Baldo, al que a menudo se remiten expresamente para justificar que el segundo adquirente de mala fe, pese a haber tomado posesión de la cosa, resulte postergado frente al primer comprador. Gregorio López, en su glosa a Partidas 5,5,50, es el primero que limita y rectifica el texto legal para acoger esta solución: «sed limitari potest, quod propter scientiam emptoris de prima venditione, competat primo emptori actio revocatoria ad revocandum alienata in fraude, ut dixit singulariter Baldus in rubrica Codex de revocan. his quae in fraude creditorum alienata sunt in principio et probari videtur in glossa in verbo iure in dic lex quotiens ubi Alberico y Jason de Mayno 9 opposi; quod intelligerem quando constaret de scientia emptoris secundi de prima venditione tempore secundae venditionis: si tamen tunc erat ignorans, et ignoranter emit, et solvit pretium, licet tempore traditionis sciat de prima venditione, non habebit locum dicta actio revocatoria: cum tunc emptor non par-

<sup>44</sup> Véase los textos de Baldo y sus continuadores en SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, pp. 184 ss.; la autora destaca especialmente el recurso a la *actio pauliana* para instrumentar la protección del primer comprador en las páginas 185 ss. y 235 ss. También Ankum, en su estudio histórico sobre la *actio revocatoria*, destaca que Baldo y todos sus continuadores se apoyaron en esta acción para articular procesalmente la protección del primer comprador (ANKUM, *De Geschiedenis der actio pauliana*, Uitgevers, 1962, pp. 183, 259).

<sup>45</sup> Partidas 5,5,50: «Del ome que vende la cosa dos vegadas a dos omes en tiempos departidos qual de ellos la deve aver: Una cosa vendiendo un ome dos veces a dos omes en tiempos departidos; si aquel a quien la vendio primeramente passa a la tenencia de la cosa, e paga el precio, esse la debe aver, e non el otro. Pero tenuto es el vendedor, de tornar el precio a aquel que la vendio a postremas, si lo avie recebido, con todos los daños e los menoscabos que le vinieron por razon de tal vendida, porque la fizo engañosamente. Otrosi decimos, que si el postrimero comprador pasase a la tenencia, e a la posesión, e pagasse el precio, que el la deve aver, e non el primero. E es otrosi el vendedor tenuto de tornar el precio, si lo avia recebido, con los daños, e los menoscabos que vinieron por esta razon al primer comprador». Como es sabido, el pago del precio era, en Derecho romano y común, requisito de la transmisión de la propiedad en la compraventa, si bien el rigor de esta exigencia se fue atemperando hasta desaparecer en la mayoría de ordenamientos continuadores de la tradición romanista.

ticipaverit de fraude: et in ista fraude habetur respectus ad tempus venditionis»<sup>46</sup>. La misma solución, favorable a defender mediante una acción revocatoria al primer comprador frente al segundo que conscientemente le perjudicó, defienden Antonio Gómez, Diego de Covarrubias y Leyva, y Luis de Molina<sup>47</sup>.

A partir de entonces, la solución de Baldo y de los últimos comentaristas, la admisión de un *ius ad rem* del primer comprador frente a un segundo que adquirió conociendo la primera venta, se consolida en el Derecho castellano. Es la solución acogida por los autores de los siglos XVII y XVIII –Ibáñez de Faria, Castejón, Hevia y Bolaños, Febrero–, que ciertamente se apoyan como texto básico

<sup>46</sup> Las Siete Partidas de Alfonso X el sabio glosadas por el licenciado Gregorio López, Salamanca, 1555, reproducción anastásica, Madrid, 1985. Saponts y Barba, Martí de Eixala y Ferrer y Subiñana dan la siguiente traducción a la glosa de Gregorio López: «pero parece que la revocación de la segunda venta debería también tener lugar, aunque se hubiese usado de la primera fórmula, porque, siendo sabedor el segundo comprador de la venta precedente, deberá darse al primero la acción al efecto de revocar lo que se enajenó en fraude del mismo, como lo decide Baldo en la rúbrica C. de revoc his quae in fraud. creditor. alien. al principio, y parece probarlo la Glosa end. l. 17 sobre la palabra iure, y allí Alberico y Jason oposit 9: empero, me parece que esto debe concretarse al supuesto que el segundo comprador tuviese noticia de la primera venta al tiempo de contrato; y que no tendrá lugar si contrató con buena fe y pagó el precio, aunque al tiempo de transferírsele la posesión tuviese noticia de la primera venta; toda vez que el vendedor no participó en el fraude, respecto del cual y por lo que mira a la acción revocatoria se atiende al tiempo del contrato» (Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alonso el IX [sic], con las variaciones de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López, vertida al castellano por D. Ignacio Saponts y Barba, D. Ramón Martí de Eixala y D. José Ferrer y Subirana, tomo III, Barcelona, 1843).

<sup>47</sup> Antonio Gómez dice, tratando de las limitaciones a la doctrina del título y modo en la doble venta, que «secundo principaliter limite et intellige, ut procedat quando secunda venditio alteri facta fuit celebrata bona fide, sine dolo malo et fraude: secus tamen est, quando fieret in fraudem primi emptoris, ut non habeat rem, et secundus emptor participavit de fraude; quia tunc, licet secundo emptori sit facta traditio mediante qua in eum sit translatum dominium, primus emptor poterit rem et traditionem revocare actione in factum revocatoria, qui competit ad revocanda ea quae sunt alienata in fraudem creditorum». Para continuar luego citando a Baldo en apoyo de su opinión y diciendo que la acción procederá también, pese a no haber intención de defraudar más que en el enajenante, cuando la cosa fuese, con posterioridad a la venta, donada o entregada por otra causa lucrativa (Antonio GÓMEZ, *Variae resolutiones iuris civilis, communis et regii tomis tribus distinctae*, tomo II, cap. 2, núm. 20, Madrid, 1794, p. 446).

Covarrubias, en un pasaje titulado «Bona fides secundi emptoris necessaria est, ut is possit uti dictae l. quoties, responso», sigue la misma doctrina: «eadem constitutio procul dubio intelligenda est, ubi secundus emptor bonam fidem habet; nam si is mala fide id est, non ignarus primae venditionis, eamdem rem emerit, licet eidem tradita sit, nihilominus per primum emptorem res ab eo revocabitur et evinctetur». Declarando luego, al igual que Antonio Gómez, y con cita de Baldo, que la donación equivale en este punto al fraude (COVARRUBIAS, *Variarum ex iure pontificio, regio et caesareo resolutionum*, libro II, cap. 19, núm. 5, in *Operum*, tomus secundus, Genova, 1762, p. 250).

Molina, por último, dice al respecto, citando a los autores recién mencionados que «quando posterior emptor conscius fuit prioris venditionis, tunc esto ei sit facta traditio et solverit pretium, poterit prior emptor evincere eam rem ab eo, tanquam in fraudem ipsius alienatam: secus autem, si posterior emptor bona fide illam emit priorem ignorans venditionem»; para continuar diciendo que la transmisión lucrativa se equipara a la de mala fe (LUIS DE MOLINA, *De iustitia et iure*, tractatus II, disputatio 369, núm. 9; igualmente, en mismo tomo y con cita de Baldo, disp. 328, núm. 17; Antuerpiae, 1615, pp. 216 y 135 respectivamente).

en Partidas 5,5,50, pero que lo corrigen remitiendo a la opinión de los autores españoles citados, particularmente a Antonio Gómez y Diego de Covarrubias<sup>48</sup>. Y es la solución que sigue vigente en la doctrina justo anterior al Código civil de 1889, y que, finalmente, fue acogida en su artículo 1473<sup>49</sup>. De esta forma, este artículo representa una supervivencia de una doctrina medieval, la del *ius ad rem*, que por diversas causas había sido abandonada en el resto de países europeos<sup>50</sup>.

### 3. *IUS AD REM* Y EFICACIA FRENTE A TERCERO DE LAS EXPECTATIVAS ADQUISITIVAS

Como ya he dicho, la penalización que el artículo 1473 impone al segundo adquirente que, pese a contar con título válido y entrega, conocía la existencia de una venta anterior, entraña una corrección a la estricta aplicación de la teoría del título y modo. Como es sabido, según las reglas generales de este sistema, la propiedad se transmite derivativamente cuando se adquiere de quien es propietario, mediando título válido y consumándose la

<sup>48</sup> Vid. HEVIA Y BOLAÑOS, *Curia Filipica*, Madrid, 1725, tomo II, libro I, cap 12, núm. 52, p. 50; IBÁÑEZ DE FARIA, *Additiones ad Covarrubiam*, Genova, 1762, ad 2,19,5 núm. 39; JOSÉ FEBRERO, *Librería de escribanos e instrucción jurídica teórico práctica de principiantes*, Madrid, 1783, tomo II, p. 420; AEGIDI DE CASTEJON, *Alphabetum Iuridicum*, tomo I, Madrid, 1678, voz emptio, núm. 10, p. 381.

<sup>49</sup> Benito Gutiérrez, autor del tratado más difundido antes de publicarse el Código, dice comentando Partidas 5,5,50, y apoyando su interpretación en la glosa de Gregorio López y en Antonio Gómez: «finalmente la disposición de la ley comentada se amplía a cualquier enajenación, ya provenga de título oneroso o lucrativo, y al poseedor de buena fe que da o vende la cosa ajena transfiriendo al primero que la recibió un cuasi dominio y la acción consiguiente. Por el contrario, se restringe cuando la segunda venta se haya hecho en fraude del primer comprador, sabiéndolo el segundo» (GUTIÉRREZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, Tratado de las obligaciones, Madrid, 1871, p. 329).

<sup>50</sup> No puedo detenerme aquí a explicar por extenso el porqué de la desaparición del *ius ad rem* en el resto de ordenamientos europeos. Brevemente diré, que en Francia y en los países que asumieron un sistema consensual, el *ius ad rem* del primer comprador frente al segundo dejó de tener sentido porque el propio contrato transmitía al primer comprador no un *ius ad rem*, sino la misma titularidad; en Alemania desapareció a consecuencia de la adopción, en el propio siglo XIX y por influencia de Savigny, de un sistema abstracto, donde la causa obligacional no debía tener ninguna influencia sobre la transmisión y donde, por tanto, la existencia de un derecho obligacional prioritario no debía obstar en modo alguno al derecho real de un posterior adquirente; y, en fin, en el resto de ordenamientos que mantuvieron el sistema de título y modo, como Austria, Suiza y Holanda, un apeamiento excesivo a las soluciones estrictas de Derecho romano y un rechazo, típicamente ilustrado, a lo que se juzgaba como confusión de principios jurídicos y morales, llevó a los redactores de sus Códigos a no conceder ninguna preferencia al primer comprador de un bien, ni siquiera en caso de mala fe del segundo. Véase, sobre todos estos puntos, los estudios más recientes sobre el *ius ad rem*: SELLA-GEUSEN, *Doppelverkauf*, pp. 241 ss.; MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, pp. 140 ss.; ERNST, «Der zweifache Verkauf derselben Sache – Betrachtungen zu einem Rechtsproblem in seiner europäischen Überlieferung», en JAKAB/ERNST, *Kaufen nach römischen Recht*, Berlín, 2008, pp. 83 ss.



entrega<sup>51</sup>. Conforme con ello, el segundo comprador que recibe la cosa debía, pese a su mala fe, ser defendido como propietario, pues cumple los requisitos generales del sistema. Sin embargo, y como hemos visto, el *ius ad rem* del primer comprador le permite imponerse al segundo adquirente, cuya posición, en virtud de su mala fe, resulta claudicante. Una mera pretensión obligacional a la transmisión va a poder imponerse frente a un tercero ajeno a la relación obligatoria. Como ha dicho Miquel, la conducta objetivamente contraria a la buena fe que debe imperar en todas las relaciones jurídicas, hace que, en este caso, el propietario susceptible de tal reproche se vea privado de protección frente a la pretensión obligacional a cuyo incumplimiento coadyuvó<sup>52</sup>.

Vista esta modulación que el artículo 1473 impone a la teoría del título y el modo, surge la pregunta: ¿se dan otros casos en nuestro Código civil en que la mala fe de un adquirente *a domino*, entendida como conocimiento del perjuicio causado con su adquisición a la expectativa adquisitiva de un tercero, haga que ese adquirente quede a merced de la expectativa adquisitiva que pretendió defraudar? Para responder a esta pregunta habrá que estudiar el artículo 1295.2 del Código Civil, que parece dejar en entredicho la adquisición del tercero de mala fe en los supuestos de rescisión. Y, por remisión expresa del artículo 1124 al régimen de ese artículo, la situación del tercero de mala fe que adquirió bienes objeto de resolución por incumplimiento<sup>53</sup>.

#### 4. EL TERCER ADQUIRENTE DE MALA FE DE BIENES OBJETO DE RESCISIÓN

La relación entre el artículo 1473 del Código Civil y el supuesto del tercer adquirente de bienes objeto de rescisión viene inducido tanto por consideraciones históricas como dogmáticas. Las primeras, provocadas por el hecho de que los autores, desde Baldo y sus continuadores, al aceptar una eficacia de la acción del primer comprador contra el segundo que adquirió conociendo el perjuicio del primero, lo hacen apoyándose en la acción revocatoria o pauliana que, teniendo eficacia *inter partes*, permitía dirigirse contra

<sup>51</sup> Sobre ello, MIQUEL, «Comentario al artículo 609», en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pp. 1546 ss.

<sup>52</sup> MIQUEL, «Comentario al artículo 7.1», en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, Madrid, 1991, pp. 55 ss.

<sup>53</sup> El artículo 1124.4 remite también al 1298, si bien éste trata más bien, como el 1295.3, de las consecuencias de que la rescisión haya devenido imposible; sólo indirectamente se deduce de él que la acción rescisoria alcanza también a los subadquirentes de mala fe de quien adquirió bienes enajenados en fraude de acreedores.

un tercero de mala fe. Las segundas, nacidas del hecho de que el artículo 1295.2 del Código civil permita que la acción rescisoria, generalmente tenida por personal, pueda tener una eficacia contra un tercer adquirente de mala fe. Ambas razones llevan a la necesidad de exponer someramente la situación del que adquirió en virtud de un contrato objeto de rescisión, para saber si su causahabiente a título particular –el tercero– es un adquirente *a domino* y, por tanto, la posición de ese tercero, en caso de que por su mala fe se vea sometido a las consecuencias de la rescisión, es parangonable a la del segundo comprador, adquirente *a domino*, del 1473.

#### 4.1 La rescisión como supuesto de ineficacia sobrevenida con efectos retroactivos meramente obligatorios

Es bien conocida la pluralidad de supuestos que engloba la rescisión en el Código civil, consecuencia de la amalgama bajo un mismo concepto de casos de revocación por fraude a un tercero –acreedor, demandante– y supuestos de restitución por lesión<sup>54</sup>. La rescisión supone, en cualquier caso, el ejercicio de un derecho potestativo por el facultado para ello, que provoca la ineficacia sobrevenida de un negocio en sí válido (art. 1290 CC.)<sup>55</sup>. Se entiende que la rescisión opera con efectos retroactivos, pues se impone la devolución de los frutos e intereses percibidos en el ínterin (art. 1295.1 CC). Pero dado que, como dice el propio Código Civil, la rescisión actúa sobre un contrato válido, la mayoría de los autores entiende que ese efecto retroactivo no es real, sino meramente obligacional, quedando las partes obligadas,

<sup>54</sup> Sobre el diferente origen histórico de los supuestos que en el Código Civil se han agrupado como causantes de la rescisión, DE CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, pp. 523 ss.; DE TORRES PEREA, *Presupuestos de la acción rescisoria*, Valencia, 2001, pp. 75 ss.

<sup>55</sup> Propiamente, la rescisión de un contrato, al igual que la resolución *ex* artículo 1124, no es ejercicio de un derecho personal ni real. La rescisión de un contrato es ejercicio de un derecho potestativo (o, en terminología que otros autores prefieren, de una facultad de configuración jurídica), tendente a modificar una situación jurídica existente –en este caso, a tornar un contrato válido en sobrevenidamente ineficaz–. Por tanto, me parece inadecuado decir que la acción de rescisión es personal o real: real o personal serán las acciones de condena a la restitución que puedan ser consecuencia del ejercicio del derecho potestativo. Y esa naturaleza real o personal dependerá de cómo configure el ordenamiento ese derecho potestativo. Por ejemplo, la facultad que el ordenamiento concede a una parte, en su interés, de solicitar la anulación de un contrato –nulidad relativa o anulabilidad–, entraña que el contrato en cuestión devendrá ineficaz en su origen y, en consecuencia, no habrá podido provocar ninguna transmisión derivativa del dominio. Las acciones de las partes para operar la restitución serán, por tanto, reales. En cambio, la rescisión de un contrato sólo opera una ineficacia sobrevenida y, en consecuencia, como a continuación se explica, la eficacia de las acciones de restitución será diferente, pues podrá darse el caso de que un tercer adquirente haya adquirido de propietario.

en virtud de la declaración de resolución, a restituirse las prestaciones percibidas<sup>56</sup>.

Con todo, creo que estas declaraciones requieren de ciertas aclaraciones, para evitar que induzcan a error. A mi juicio, la llamada eficacia obligacional de la rescisión no llega al punto de que lo único que haga surgir sea un título retransmisivo que, para dar lugar a la readquisición de los bienes, requiera del complemento de la entrega. Más bien, y por encima de ciertas imprecisiones terminológicas, los efectos de la figura se pueden resumir así: la rescisión tiene una eficacia real *ex nunc* y efectos retroactivos obligacionales; declarada la rescisión, se produce la extinción de las obligaciones no vencidas y, en la medida que sea posible, la retransmisión instantánea –sin necesidad de entrega– de los bienes objeto de las prestaciones contractuales cumplidas; tendrá naturaleza obligatoria, por no poder tenerla real, el deber de restitución de los frutos percibidos y los intereses devengados. De esta forma se puede también decir que la rescisión opera con efectos extintivos y retransmisivos *ex nunc*, y con efectos indemnizatorios y restitutorios *ex tunc*<sup>57</sup>.

Entendida así la rescisión, sus efectos sobre un contrato de compraventa, y en particular sobre el objeto vendido, serán los siguientes: con la celebración del contrato objeto de rescisión, nace un título, que servirá de base para que la entrega del bien dé lugar a la transmisión del dominio. Concurriendo título y modo, el comprador devendrá propietario y, como tal, resultará investido de

---

<sup>56</sup> DE CASTRO, *El negocio jurídico*, p. 527 («la eficacia restitutoria se ha podido considerar retroactiva, pero sólo en el sentido del llamado efecto retroactivo obligatorio. [...] No se da, en cambio, el efecto retroactivo llamado real. A diferencia de lo que ocurre con la anulación del negocio, el negocio rescindido no pierde por ello su primitiva condición de válido. De aquí que la rescisión no determine la ineficacia de los negocios derivados del rescindido, celebrados en base de su validez. Tampoco tendrá lugar la rescisión, dice el Código, cuando las cosas objeto del contrato se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe (art. 1295, párr. 2)». Sin embargo, no se debe ocultar que, no se sabe bien por qué, De Castro sí parece atribuir naturaleza real, en contra de la mayoría de autores, a la rescisión por fraude de acreedores). Atribuyen igualmente efecto retroactivo obligacional a la rescisión, sin distinguir siquiera si es por lesión o por fraude, LACRUZ y DELGADO (en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1, Barcelona, 1985, p. 333; y también en *Elementos*, II, vol. 2, Barcelona, 1987, p. 408), MORENO QUESADA (Comentario al art. 1295, en Ministerio de Justicia, *Comentario del Código civil*, II, Madrid, 1993, p. 532), ROCA SASTRE (*Derecho Hipotecario*, I, Barcelona, 1979, p. 850) J.A. MARTÍN PÉREZ (*La rescisión del contrato*, Barcelona, 1995, p. 427).

<sup>57</sup> Sí me parece inoportuno decir que la rescisión opera en todos los ámbitos con efectos obligacionales, también en cuanto a la retransmisión, a pesar de que esa tesis facilitaría aún más la asimilación entre el supuesto de hecho del 1473 y el del 1295.2, es porque, de admitirse eso, habría que concluir que declarada la rescisión de un contrato transmisivo, y no devuelta aún la cosa por el adquirente, si éste cae en concurso, la otra parte no tendría un *ius separationis* en el concurso, porque todavía no es propietario sino sólo acreedor de dominio, y se debería ver sometido a la ley del dividendo. Volveré más ampliamente sobre ello al tratar de los efectos de la resolución por incumplimiento, que pienso que son en este punto idénticos a los de la rescisión.

todas las facultades del dominio: uso, disfrute y disposición. Si el contrato es susceptible de rescisión y ésta se declara efectivamente, el bien se retransmitirá instantáneamente –pero no retroactivamente– a quien fue su propietario. Pero si en el ínterin entre adquisición y rescisión, el adquirente cuyo contrato luego se rescindió dispuso de él, el tercero que de él adquirió lo hizo de propietario –*a domino*– y, en principio y salvo lo que luego se dirá de las consecuencias de su mala fe, no debe verse alcanzado por la rescisión de un contrato en el que él no fue parte.

#### 4.2 Protección y desprotección del tercero en los contratos objeto de rescisión

Vistas así las cosas, no sorprende en absoluto la declaración que, en el marco de los efectos restitutorios de la rescisión, hace el artículo 1295.2 del Código Civil: «tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hayan procedido de mala fe». Esas terceras personas no fueron parte del contrato objeto de rescisión, sino que son los que adquirieron derivativamente de quien adquirió en virtud de contrato luego rescindido<sup>58</sup>. Ellos contrataron con quien era propietario en ese momento y, si tenían título válido y concurrió la entrega, consumaron su adquisición. El hecho de que el artículo 1295 los proteja no proviene de que el Código quiera hacer aquí una particular protección de los terceros adquirentes de buena fe, sino de que, por ser adquirentes *a domino*, no deben verse afectados por la rescisión, carente de eficacia retroactiva real, del negocio del que trae causa su adquirente<sup>59</sup>.

En consecuencia, lo que resulta sorprendente en el artículo 1295.2 no es la protección del tercer adquirente de buena fe, sino la desprotección –establecida *a contrario*– del tercer adquirente de

<sup>58</sup> Si se interpretase que el tercero aludido por ese artículo 1295.2 es quien adquirió en virtud de un contrato luego rescindido, se llegaría a la conclusión, que no parece admisible, de que la rescisión por lesión o por enajenación de bienes litigiosos requiere de la mala fe del adquirente.

<sup>59</sup> Así, por ejemplo, dice Jordano Barea tratando del artículo 1295: «aparentemente parece que se protege al adquirente de buena fe. Pero bien vistas las cosas no es así. El artículo 1295 se refiere al juego de la acción rescisoria que, siendo de carácter personal, no puede afectar a terceros adquirentes. Y, sobre todo, porque el tercero antes de la impugnación había adquirido en firme *a vero domino*» (JORDANO, «La teoría del heredero aparente y la protección de los terceros», *ADC*, 1950, p. 703). En el mismo sentido se expresa Lacruz al tratar de la rescisión por fraude de acreedores, diciendo que «si puede ejercitarse contra terceros no es por la posible eficacia *erga omnes* de la acción, sino por la participación del tercero en el fraude (*consciis fraudis*) o su conocimiento del mismo (mala fe). Su alcance frente a terceros adquirentes de buena fe es debido, o a que no se consideran propiamente terceros los adquirentes a título lucrativo, o bien a una presunción *iuris et de iure* de connivencia en el fraude» (LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 1.º, p. 333).

mala fe frente a la acción rescisoria del primer enajenante. Esta desprotección es la que lo pone en relación con el *ius ad rem* del artículo 1473, pues responde a la misma idea de fondo. En estricta teoría, y sin tener en cuenta la ponderación de los intereses en juego en función de la buena o mala fe del adquirente, parecería que el tercero que adquirió el dominio de un titular cuyo contrato adquisitivo se vio rescindido, por mucho que conociese la causa de rescisión, debiera ser defendido en su adquisición. Él adquirió *a domino*, de quien era en ese momento propietario, y la rescisión del contrato, carente de efectos retroactivos reales, no debiera afectarle: su adquisición debiera ser inmune frente a una pretensión readquisitiva del primer enajenante que no tiene eficacia real. Sin embargo, la mala fe del tercero, que conoció que con su adquisición perjudicaba la expectativa readquisitiva del primitivo enajenante, hace que se vaya a ver afectado por una ineficacia sobrevenida a la que debiera ser ajeno. El ordenamiento realiza un juicio de disvalor de la mala fe, de forma que en el conflicto entre la parte facultada para ejercitar la rescisión, y un tercero que conocía ese derecho, este último quedará postergado: a juicio del legislador, no merece protección quien con su adquisición pretendía contribuir a defraudar el derecho del otro. Si en el artículo 1473 un adquirente *a domino* y con título y modo —es decir, con una adquisición consumada—, por ser de mala fe, va a quedar a merced del ejercicio de una pretensión obligacional respecto a la que él era un tercero, en el artículo 1295.2 un adquirente con una adquisición igualmente consumada va a quedar, a consecuencia de su mala fe, en una posición claudicante frente a un tercero que, por haber dejado de ser propietario, no debiera en otro caso tener acción alguna contra él<sup>60</sup>.

Dos puntualizaciones me parece importante hacer antes de acabar con la eficacia de la rescisión frente a tercer adquirente de mala fe. Primera, que la mala fe del tercer adquirente, como ya se ha apuntado, consiste en el conocimiento que éste tenía de la existencia de una causa para pedir la rescisión. Quien adquiere un bien sabiendo que su enajenante podía verse sometido a la rescisión de su adquisición, no alcanza a su vez una posición inmune frente a esa rescisión. Y segunda, que a estos efectos, conforme a una inveterada tradición jurídica, que encuentra reflejo en el artículo 1297 del Código Civil, las adquisiciones a título lucrativo se consideran

<sup>60</sup> En esta línea dice Lacruz, tratando de la rescisión por fraude de acreedores, que «el alcance respecto de terceros de la acción pauliana no le viene de tener naturaleza real (siendo rescisoria, es decir, personal); le viene de la sanción a la mala fe o la inferior ponderación de los intereses en juego, frente al fraude de los acreedores» (LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 1.º, p. 346).

equiparadas a las de mala fe<sup>61</sup>. De conformidad con la clásica regla «*potior est qui certat de damno evitando quam qui de de lucro captando*», en el conflicto entre un titular que sufre una pérdida y un adquirente que se va a lucrar, el ordenamiento entiende más digno de protección al primero que al segundo, y por eso le concede una acción que evite su perjuicio<sup>62</sup>.

## 5. EL TERCER ADQUIRENTE DE MALA FE DE BIENES OBJETO DE RESOLUCIÓN

Hemos visto que existe una identidad de razón entre los artículos 1473 y 1295.2, en cuanto que ambos entrañan una desvaloración y desprotección del tercer adquirente de mala fe. Se hace necesario ahora, al estudiar este fenómeno de reprobación de la mala fe, tratar también del artículo 1124.4 del Código Civil, ya que éste, al ocuparse de los efectos frente a terceros de la resolución por incumplimiento, remite expresamente a los artículos 1295 y 1298<sup>63</sup>. Se trata de ver si también en este caso, una adquisición del dominio que reúne todos los requisitos de una adquisición derivativa –título, modo y titularidad del *tradens*–, va a resultar claudicante en virtud del conocimiento por parte del adquirente del perjuicio a la expectativa adquisitiva de un tercero. Para dilucidar esto y para entender los efectos de la resolución por incumplimiento en relación con los terceros adquirentes me parece necesario, lo mismo que al estudiar la rescisión, estudiar primero cuáles son los efectos de la resolución, pues sólo así se pueden comprender los mecanismos que posibilitan la protección del tercero.

### 5.1 La facultad de resolver un contrato por incumplimiento y su eficacia retroactiva obligatoria

Hoy es comúnmente aceptado en la doctrina española que la facultad de resolver los contratos por incumplimiento, recogida en

---

<sup>61</sup> La equiparación entre adquirentes a título lucrativo y adquirentes de mala fe se produce sólo a efectos de que tanto los primeros como los segundos están sometidos al posible ejercicio de la rescisión. La equiparación no actúa, por tanto, a otros efectos (por ejemplo, en relación con el artículo 1298).

<sup>62</sup> La regla se remonta a D. 50,17,41,1. Sobre su origen y aplicaciones, WACKE, «Verlustabwehr rangiert vor Gewinnstreben», SZ, 118 (2001), pp. 264 ss.

<sup>63</sup> En realidad, como ya he dicho, los efectos de la rescisión frente a terceros están regulados en el artículo 1295.2, ya que el 1298 sólo se ocupa directamente de los efectos *inter partes* de la rescisión cuando ésta ha devenido imposible por cualquier causa –por ejemplo, por adquisición por un tercero de buena fe–. En ese sentido, el artículo 1298 tiene más relación con el 1295.3, y sólo indirecta con el 1295.2 y los terceros.

el artículo 1124 del Código Civil en sede de obligaciones condicionales, poco tiene que ver en su naturaleza, e incluso en su eficacia, con las obligaciones sometidas a condición resolutoria. La condición resolutoria es una determinación accesoria de la voluntad, expresa y voluntariamente pactada para un concreto negocio, mientras que la facultad de resolver los contratos por incumplimiento viene atribuida por ley en cualquier supuesto de obligaciones recíprocas. El artículo 1124 ni siquiera establece una condición resolutoria tácita, como tan a menudo se ha dicho, sino que confiere al contratante que no ha incumplido la facultad, verdadero derecho potestativo, de poner fin a la relación obligatoria que le liga con el contratante incumplidor<sup>64</sup>.

La llamada resolución por incumplimiento tiene, por tanto, unos presupuestos y unas consecuencias diferentes que las obligaciones sometidas a condición resolutoria expresa. En lo que aquí más importa, los efectos de la resolución *ex* artículo 1124, se acepta comúnmente por la doctrina y jurisprudencia española que, en los contratos de tracto instantáneo, la resolución tiene eficacia retroactiva o *ex tunc*<sup>65</sup>. Se discute, en cambio, si el efecto retroactivo de esta forma de resolución es real –de forma que, declarada la resolución, se opera instantáneamente la retransmisión del bien–, o el efecto es meramente obligacional –de modo que, declarada la resolución de un contrato, surge una obligación de retransmitirse las prestaciones contractuales entregadas–<sup>66</sup>.

A mi parecer, la resolución por incumplimiento tiene, lo mismo que la rescisión, una eficacia real *ex nunc* y efectos retroactivos obligacionales. Como aquélla, opera instantáneamente la extinción de las obligaciones no vencidas y la retransmisión, en la medida que sea posible y sin necesidad de entrega, de los bienes objeto de las prestaciones contractuales cumplidas. Si no es posible la restitución *in natura*, surgirá un deber de resarcimiento por equivalente de naturaleza obligatoria; e igualmente tendrá naturaleza obligatoria el deber de restitución de los frutos percibidos y los intereses

---

<sup>64</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, Madrid, 1993, p. 702; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, pp. 40 ss., 55.

<sup>65</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 724; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver...*, pp. 495 ss, con la bibliografía allí citada.

<sup>66</sup> Entre la doctrina más reciente es prevalente la tesis de los efectos meramente obligatorios de la resolución. Así ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, II, Barcelona, 1979, pp. 787 ss.; MONTÉS PENADÉS, «Comentario al artículo 1124», en ALBALADEJO (dir), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, XV-1.º, Madrid, 1989, p. 1.248; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver...*, p. 554. En cambio, a favor de los efectos reales, ÁLVAREZ VIGARAY, (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1972, pp. 196 ss.) quien, con todo, como entiende que la resolución no afecta a terceros adquirentes de buena fe, prefiere hablar de «retroactividad real relativa».

devengados. Por eso se puede decir que la resolución por incumplimiento opera, lo mismo que la rescisión, con efectos extintivos y retransmisivos *ex nunc*, y con efectos indemnizatorios y restitutorios *ex tunc*<sup>67</sup>.

Quizá resulte difícil entender ese particular matiz que califica la eficacia retransmisiva de la resolución, al igual que la de la rescisión, como instantánea pero no retroactiva. La eficacia retransmisiva instantánea de la resolución, como la de la rescisión, se basa en que la transmisión de la propiedad exige en España título y modo, siendo título aquí el contrato. Y que, operando la resolución por incumplimiento y la rescisión una ineficacia sobrevinida del contrato, con ellas decae el título que sirvió de base a la transmisión, con lo cual la transmisión misma, por la causalidad del sistema transmisivo español, deviene ahora ineficaz. No se trata de que surja una obligación de retransmitir, sino de que la misma obligación primitiva de transmitir se disuelve, y su disolución

<sup>67</sup> Esta eficacia retransmisiva-real *ex nunc* y retroactiva obligacional, se comprueba al confrontar la resolución por incumplimiento con situaciones en que intervengan terceros, pues sólo en relación con los terceros se puede captar la distinción entre efectos reales y obligacionales. Por eso, las dos coyunturas que permiten analizar la eficacia real u obligacional de la resolución son los casos en que un tercero adquirió el bien sujeto a resolución y la situación frente a terceros en el concurso del transmitente con facultad de resolver. En relación con los terceros adquirentes, habla en contra de la eficacia retroactiva real de la obligación la remisión del artículo 1124.2 al 1295.2, de la que luego se tratara: si esos terceros adquirentes están protegidos, desconociendo como desconoce el Código civil las adquisiciones *a non domino*, ha de ser porque adquieren *a domino*; el derecho entiende, por tanto, que en el momento de enajenar a un tercero, el contratante parte en un contrato transmisivo luego resuelto por incumplimiento era propietario del bien objeto del contrato; el efecto retroactivo, en consecuencia, no puede ser real.

Pero igualmente habla en contra de la eficacia retroactiva real el hecho de que la Ley Concursal no permita al contratante que cumplió su prestación ejercitar la resolución cuando la parte incumplidora ha caído en concurso (art. 61 L.C.; *vid. sobre ello*, CORDÓN MORENO, *Proceso concursal*, Pamplona, 2003, p. 124; GÓMEZ MENDOZA, «Comentario artículo 61», en SANCHEZ-CALERO/GUILARTE GUTIÉRREZ (dir.), *Comentarios a la legislación concursal*, II, Valladolid, 2004, pp. 1148 ss.). Si la resolución del artículo 1124 tiene eficacia retroactiva, el contratante cumplidor podría ejercitar la resolución y dispondría de un *ius separationis* como propietario; si no la puede ejercitar ni, por tanto, separar el bien, es porque se considera que la resolución no le concede retroactivamente la propiedad.

Por su parte, en contra de la eficacia meramente obligacional de la retransmisión —de forma que la resolución sólo haría surgir un título para la retransmisión, que para ser perfecto requeriría de la entrega— está el hecho de que, a mi parecer, declarada la resolución de un contrato por incumplimiento, y recaído en concurso el adquirente cuya adquisición se resolvió, la otra parte, aunque no se le haya hecho entrega del bien, tiene un *ius separationis*, como propietario que es, para separar el bien del concurso: de ser el efecto retransmisivo meramente obligacional, se debiera concluir que el contratante que resolvió antes de la declaración del concurso, en tanto no se le haga entrega, sigue siendo acreedor —acreedor de dominio— sometido por tanto a la ley del dividendo. Y este resultado no me parece ajustado a nuestro Derecho.

En fin, no deja de ser indicativo, que la Ley del ITP-AJD, en su artículo 57, trate de igual modo los efectos de la nulidad, rescisión y resolución de un contrato —devolución del impuesto—, mientras que los casos de mutuo disenso o de retroventa los trata como supuestos de doble transmisión. Parece que los primeros casos los configura como un supuesto de decadencia de la primitiva transmisión, mientras que en los segundos entiende que surge una nueva obligación de transmitir de eficacia inversa a la primitiva.



arrastra a la transmisión que ella fundaba. El adquirente ha sido propietario en el ínterin, pero su adquisición se deshace al devenir ineficaz la causa que la sustentaba. Por su parte, el hecho de que la retransmisión no tenga eficacia retroactiva se debe a que durante un tiempo, hasta que se produjo la resolución, la obligación existió, y si a ella se le sumó un modo transmisivo, se dio la conjunción de elementos que provoca en nuestro sistema la transmisión. Rescisión y resolución operan sobre un contrato válido, del que nacieron obligaciones, y esa validez no puede ser retroactivamente eliminada. Del hecho de que existiese obligación y de que esa obligación, título de la transmisión, devenga luego ineficaz, se deriva que la transmisión, ni pueda ser retroactivamente cancelada –pues se basó en un título y un modo–, ni sobreviva tampoco a la extinción del título <sup>68</sup>.

## 5.2 Protección y desprotección del tercero en los contratos objeto de resolución

Configurados así los efectos de la resolución por incumplimiento, se entiende la remisión en cuanto a los efectos protectores de terceros a los artículos 1295 y 1298. Al igual que sucede en caso de rescisión, el tercer adquirente que adquirió la propiedad del contratante cuyo contrato adquisitivo luego se resolvió, adquirió *a domino*, y debiera por tanto ser ajeno a cualquier pretensión del primer enajenante. Sin embargo, y me remito a lo ya dicho al tratar de los efectos frente a terceros de la rescisión, también aquí la mala fe del tercer adquirente, conocedor de que con su adquisición frustraba la expectativa readquisitiva de un tercero, perjudica su posición, hasta el punto de quedar sujeta su adquisición a la facultad readquisitiva del primitivo enajenante. Una vez más, la idea latente de penalizar al adquirente que conscientemente frustra el derecho o la expectativa adquisitiva de un tercero (arts. 1473, 1295.2), hace que un sujeto carente de titularidad real –el primer comprador, quien rescinde o resuelve un contrato– pueda imponerse a un titular real con el que no le ligaba vínculo jurídico alguno.

Dos puntos me parece importante mencionar antes de terminar este punto. En primer lugar, que a efectos de la protección del ter-

---

<sup>68</sup> La idea de que la resolución tiene efectos meramente obligacionales, también en cuanto a la readquisición de los bienes transmitidos, no es coherente con un sistema causal, sino con uno abstracto, en el que la transmisión es independiente de la obligación que la funda. De hecho, no es de extrañar que el Derecho alemán, caracterizado por la abstracción, haya configurado la resolución como una figura de eficacia exclusivamente obligacional que no da lugar a efecto real alguno (*vid. MEDICUS, Schuldrecht*, I, Munich, 2004, marg. 543a).

cero en caso de resolución por incumplimiento, se entenderá de mala fe no al que simplemente conoce que el contrato del que trae causa su transmitente se encuentra pendiente de cumplimiento, sino a quien conoce que ese contrato ha sido efectivamente incumplido<sup>69</sup>. Y en segundo lugar que, lo mismo que sucede en materia de rescisión, y conforme con el principio general ya citado de equiparación a estos efectos de las adquisiciones de mala fe y las lucrativas, se considerara de mala fe al tercero que adquirió en virtud de donación, legado u otro negocio que carezca de contraprestación.

## 6. CONCLUSIÓN

Recapitulando lo hasta ahora dicho, se puede decir que el Derecho español presenta un rasgo característico, resultado de una particular ponderación del criterio de buena fe en las relaciones jurídicas: el artículo 1473 de forma paradigmática, pero también los artículos 1295.2 y 1124.4, recogen la idea de que quien adquirió un bien conociendo que con su adquisición frustraba una titularidad obligacional o una expectativa adquisitiva de un tercero, pese a adquirir la propiedad, se encuentra sujeto a la pretensión o expectativa que pretendió defraudar. En el caso concreto de la doble venta, se trata de una regulación peculiar en Europa, que en cierto modo anticipa la solución que hoy buscan otros ordenamientos por medio de la llamada «tutela aquiliana de los derechos de crédito»<sup>70</sup>.

A mi juicio, los artículos citados no son reglas excepcionales y aisladas, sino que la condena a la mala fe que determina sus soluciones actúa en nuestro ordenamiento con la fuerza expansiva de un principio general, sirviendo de *ratio decidendi* para la resolución de casos similares carentes de previsión legal. Y así, no sorprende que la jurisprudencia, en el conflicto entre el titular de un derecho de opción no inscrito y un tercero que adquiere el bien objeto de la opción conociendo ese derecho –supuesto en que tam-

<sup>69</sup> MIQUEL, «Comentario a la STS de 5 de mayo de 1983», *CCJC*, 3, p. 726; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II-1.º, 1985, p. 277; Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, p. 725.

<sup>70</sup> Ya he señalado como en Austria, Holanda, Suiza y, en menor medida, en Alemania, una serie de autores y una corriente jurisprudencial buscan llegar a la misma solución española en caso de venta a un segundo comprador de mala fe concediendo al primer comprador contra el segundo la acción de daños extracontractuales, a la que ligan una ejecución *in natura*, es decir, la posibilidad de exigir la entrega del bien vendido. *Vid.* sobre ello en Alemania el extenso trabajo de MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag*, Berlín, 2002, *passim*. En España, sobre la tutela aquiliana del crédito, y enmarcando en este contexto el artículo 1473 y la acción pauliana, PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Madrid, 2005.

bién se da un conflicto entre el titular de una expectativa adquisitiva y un tercer adquirente de mala fe—, otorgue su protección al titular de la opción, permitiendo que su acción, meramente personal, alcance en este caso al tercer adquirente<sup>71</sup>. Una adecuada ponderación de los intereses en juego habrá de determinar en qué otros casos, por existir identidad de razón con los previstos en la ley, la regla de desprotección del adquirente de mala fe cuya conducta pueda tacharse de colusoria ha de actuar como criterio decisorio. No se trata sino de llevar a la práctica lo que Ihering planteó en su día, cuando auguraba «que la extensión de la *actio in personam* al adquirente *mala fidei* del objeto de la obligación, llegaría a ser, dentro de no mucho tiempo, Derecho vigente»<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Así, en primer lugar, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1990, que entiende que el titular de un derecho de opción no inscrito, al que la Sentencia atribuye naturaleza puramente obligacional, puede ejercitar ese derecho contra el tercero que adquirió e inscribió el bien conociendo que al hacerlo perjudicaba la expectativa del optante.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1997, en un caso idéntico, volvió a fallar a favor del optante y en contra del tercer adquirente de mala fe, razonando que «el principio de relatividad de los contratos, en cuanto a sus límites subjetivos, ha sido mitigado en su rigidez por la doctrina de esta Sala», y concretando que «existiendo un contrato de opción y conocido por la recurrente —conforme hecho probado firme— en el momento de la incorporación de las dos fincas a su haber social no le asiste condición blindada de tercero de buena fe, ajeno a la relación de opción, la que le afecta».

Y de nuevo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1998, que entienden que al tercero de mala fe se le impone el cumplimiento del contrato de opción celebrado por su transferente.

Comentando la primera de las tres Sentencias citadas, decía Cañizares Laso que, pese a que el Tribunal Supremo no mencionaba en su argumentación la condena de la mala fe, la solución a la que llegaba sólo era justificable por la relevancia de la mala fe del adquirente, y por analogía con la norma del artículo 1473. Con todo, la autora planteaba sus dudas sobre si se podía equiparar a estos efectos una situación en que existe una compraventa perfeccionada, como se da en la doble venta, con otra en que sólo hay un derecho potestativo aún no ejercitado (CAÑIZARES LASO, «Tanteo y opción. Frustración del interés del titular del Derecho —Comentario a la STS 24.X.1990», *ADC*, 1991, pp. 921 ss., 935).

<sup>72</sup> IHERING, *Bromas y veras en la ciencia jurídica*, Madrid, 1987, p. 270 nota 2.



# 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

#### ACUERDOS DE GARANTÍA FINANCIERA

1. **Directiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, por la que se modifican la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito. *DOUE*, L, núm. 146, de 10 de junio de 2009.**

#### ACCIDENTES EN EL MAR

2. **Reglamento (CE) núm. 392/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente. *DOUE*, L, núm. 131, de 28 de mayo de 2009.**
3. **Directiva 2009/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre reglas y normas comunes para las organizaciones de inspección y reconocimiento de buques y para las actividades correspondientes de las administraciones marítimas. *DOUE*, L, núm. 131, de 28 de mayo de 2009.**
4. **Directiva 2009/16/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el control de los buques por el Estado rector del puerto. *DOUE*, L, núm. 131, de 28 de mayo de 2009.**
5. **Directiva 2009/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se modifica la Directiva 2002/59/CE relativa al establecimiento de un sistema comunitario de seguimiento y de información sobre el tráfico marítimo. *DOUE*, L, núm. 131, de 28 de mayo de 2009.**
6. **Directiva 2009/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por la que se establecen los principios funda-**

mentales que rigen la investigación de accidentes en el sector del transporte marítimo y se modifican las Directivas 1999/35/CE del Consejo y 2002/59/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. *DOUE*, L, núm. 131, de 28 de mayo de 2009.

7. Directiva 2009/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa al seguro de los propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo. *DOUE*, L, núm. 131, de 28 de mayo de 2009.
8. Directiva 2009/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el cumplimiento de las obligaciones del Estado de abanderamiento. *DOUE*, L, núm. 131, de 28 de mayo de 2009.

#### ACUERDO EEE

9. Modificaciones. *Vid.* *DOUE*, L, núm. 130, de 28 de mayo de 2009; *DOUE*, L, núm. 162, de 25 de junio de 2009; *DOUE*, L, núm. 232, de 3 de septiembre de 2009.

#### ACUERDOS DE ELECCIÓN DE FORO

10. Decisión del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro. *DOUE*, L, núm. 133, de 29 de mayo de 2009.

#### ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

11. Reglamento (CE) núm. 280/2009 de la Comisión, de 6 de abril de 2009, por el que se modifican los anexos I, II y IV del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOUE*, L, núm. 93, de 7 de abril de 2009.
12. Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2008 relativa a la celebración del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOUE*, L, núm. 147, de 10 de junio de 2009.
13. Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOUE*, L, núm. 147, de 10 de junio de 2009.
14. Acta de corrección de errores del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007. *DOUE*, L, núm. 147, de 10 de junio de 2009.
15. Decisión de la Comisión, de 8 de junio de 2009, relativa a la intención del Reino Unido de aceptar el Reglamento (CE) núm. 4/2009 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. *DOUE*, L, núm. 149, de 12 de junio de 2009.

16. **Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. *DOUE*, L, núm. 149, de 12 de junio de 2009.**
17. **Reglamento (CE) núm. 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales. *DOUE*, L, núm. 200, de 31 de julio de 2009.**
18. **Reglamento (CE) núm. 664/2009 del Consejo, de 7 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y la celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial, de responsabilidad parental y de obligaciones de alimentos, y sobre la ley aplicable en materia de obligaciones de alimentos. *DOUE*, L, núm. 200, de 31 de julio de 2009.**

#### MISIONES DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES

19. **Reglamento (CE) núm. 390/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, por el que se modifica la Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera en relación con la introducción de identificadores biométricos y se incluyen disposiciones sobre la organización de la recepción y la tramitación de las solicitudes de visado. *DOUE*, L, núm. 131, de 28 de mayo de 2009.**

#### PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

20. **Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores (Versión codificada. *DOUE*, L, núm. 110, de 1 de mayo de 2009.**
21. **Corrección de errores de la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2008, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 87/102/CEE del Consejo. *DOUE*, L, núm. 207, de 11 de agosto de 2009.**

#### PROPIEDAD INDUSTRIAL

22. **Reglamento (CE) núm. 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria (Versión codificada. *DOUE*, L, núm. 78, de 24 de marzo de 2009.**

## PROPIEDAD INTELECTUAL

23. **Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (Versión codificada. DOUE, L, núm. 111, de 5 de mayo de 2009.**

## SEGUROS

24. **Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad. DOUE, L, núm. 263, de 7 de octubre de 2009.**

## SERVICIOS DE PAGO

25. **Corrección de errores de la Directiva 2007/64/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre servicios de pago en el mercado interior, por la que se modifican las Directivas 97/7/CE, 2002/65/CE, 2005/60/CE y 2006/48/CE y por la que se deroga la Directiva 97/5/CE. DOUE, L, núm. 187, de 18 de julio de 2009.**

## SOCIEDADES

26. **Directiva 2009/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo en lo que respecta a determinados requisitos de información de las medianas sociedades y a la obligación de confeccionar cuentas consolidadas. DOUE, L, núm. 164, de 26 de junio de 2009.**
27. **Directiva 2009/101/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 48, párrafo segundo, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros. DOUE, L, núm. 258, de 1 de octubre de 2009.**
28. **Directiva 2009/102/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, en materia de derecho de sociedades, relativa a las sociedades de responsabilidad limitada de socio único. DOUE, L, núm. 258, de 1 de octubre de 2009.**
29. **Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE del Consejo y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones. DOUE, L, núm. 258, de 1 de octubre de 2009.**



## B) PROPUESTAS, PROYECTOS Y TRABAJOS LEGISLATIVOS

## CONSUMIDORES

30. **Comunicación de la Comisión de conformidad con el artículo 5, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores, en relación con las autoridades competentes y las oficinas de enlace únicas. *DOUE*, C, núm. 169, de 21 de julio de 2009.**

## COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS

31. **Posición Común (CE) núm. 16/2009, de 16 de febrero de 2009, 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 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. 103 E, de 5 de mayo de 2009.**
32. **Segundo Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la revisión de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de julio de 2002 relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas. *DOUE*, C, núm. 128, de 6 de junio de 2009.**

## DERECHO DE LA COMPETENCIA

33. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Blanco – Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. *DOUE*, C, núm. 228, de 22 de septiembre de 2009.**
34. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Informe de la Comisión – Informe sobre la política de competencia 2007. *DOUE*, C, núm. 228, de 22 de septiembre de 2009.**

## ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

35. **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.**

36. **Dictamen del Supervisor Europeo de Protección de Datos sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social «Hacia una estrategia europea en materia de e-Justicia (Justicia en línea)».** *DOUE, C*, núm. 128, de 6 de junio de 2009.
37. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde – Eficacia en la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión Europea: Transparencia de los activos patrimoniales de los deudores».** *DOUE, C*, núm. 175, de 28 de julio de 2009.
38. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «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».** *DOUE, C*, núm. 175, de 28 de julio de 2009.
39. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los pagos transfronterizos en la Comunidad».** *DOUE, C*, núm. 228, de 22 de septiembre de 2009.

#### MEDIOS DE PAGO

40. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito».** *DOUE, C*, núm. 175, de 28 de julio de 2008.

#### MISIONES DIPLOMÁTICAS Y CONSULARES

41. **Posición Común (CE) núm. 17/2009, de 5 de marzo de 2009, aprobada por el Consejo de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 251 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, con vistas a la adopción de un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica la Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera en relación con la introducción de identificadores biométricos y se incluyen disposiciones sobre la organización de la recepción y la tramitación de las solicitudes de visado.** *DOUE, C*, núm. 108 E, de 12 de mayo de 2009.

#### PROPIEDAD INTELECTUAL

42. **Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo**

y del Consejo, relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines». *DOUE*, C, núm. 182, de 4 de agosto de 2009.

43. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Libro Verde – Derechos de autor en la economía del conocimiento». *DOUE*, C, núm. 228, de 22 de septiembre de 2009.

#### PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES

44. Comunicación de la Comisión conforme al artículo 4, apartado 3, de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al artículo 2 de dicha Directiva. *DOUE*, C, núm. 135, de 13 de junio de 2009.
45. Normativa sobre la consulta previa adoptada por los Estados miembros con arreglo al artículo 5 de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores. *DOUE*, C, núm. 181, de 4 de agosto de 2009.
46. Dictamen del Comité de las Regiones sobre «derechos de los consumidores». *DOUE*, C, núm. 200, de 25 de agosto de 2009.

#### SOCIEDADES

47. 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.
48. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 68/151/CEE y 89/666/CEE del Consejo en lo relativo a las obligaciones de publicación y traducción a que están sujetos determinados tipos de sociedades», COM(2008) 194 final – 2008/0083 (COD. *DOUE*, C, núm. 77, de 31 de marzo de 2009.
49. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento y del Consejo por la que se modifican las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo en lo que respecta a determinados requisitos de información de las medianas empresas y a la obligación de confeccionar cuentas consolidadas», COM(2008) 195 final – 2008/0084 (COD. *DOUE*, C, núm. 77, de 31 de marzo de 2009.
50. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo 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» (Versión codificada) COM(2008) 344 final – 2008/0109 (COD. *DOUE*, C, núm. 77, de 31 de marzo de 2009.

51. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva .../.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo de [...] tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades, definidas en el párrafo segundo del artículo 48 del Tratado, con el fin de proteger los intereses de los socios y terceros, en lo relativo a la constitución de la sociedad anónima, así como al mantenimiento y modificaciones de su capital». *DOUE*, C, núm. 175, de 28 de julio de 2009.
52. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 77/91/CEE, 78/855/CEE y 82/891/CEE y la Directiva 2005/56/CE en lo que se refiere a las obligaciones de información y documentación en el caso de las fusiones y escisiones». *DOUE*, C, núm. 218, de 11 de septiembre de 2009.

## II. PRÁCTICA DEL TJCE, DEL TPICE Y DEL TRIBUNAL DE LA AELC

### ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

53. Asunto C-350/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera), de 5 de marzo de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Sächsisches Landessozialgericht (Alemania) – Kattner Stahlbau GmbH/Maschinenbau- und Metall- Berufsgenossenschaft. Competencia – Artículos 81 CE, 82 CE y 86 CE – Afiliación obligatoria a una entidad de seguros contra los riesgos de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales – Concepto de «empresa» – Abuso de posición dominante – Libre prestación de servicios – Artículos 49 CE y 50 CE – Restricción – Justificación – Riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social. *DOUE*, C, núm. 102, de 5 de mayo de 2009.
54. Asunto C-159/08: Auto del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2009 – Isabella Scippacercola, Ioannis Terezakis/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Abuso de posición dominante – Tasas supuestamente excesivas impuestas por el gestor del aeropuerto internacional de Atenas – Desestimación de la denuncia – Falta de interés comunitario. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.

### AYUDAS DE ESTADO

55. Asunto T-162/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de enero de 2009 – Kronoply/Comisión. Ayudas de Estado – Ayudas regionales a grandes proyectos de inversión – Decisión

por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común – Motivación – Efecto incentivador de la ayuda – Necesidad de la ayuda. *DOUE*, C, núm. 55, de 7 de marzo de 2009.

56. Asunto T-468/08 R: Auto del Presidente del Tribunal de Primera Instancia de 23 de diciembre de 2008 – AES-Tisza/Comisión de las Comunidades Europeas. Procedimiento sobre medidas provisionales – Ayudas de Estado – Decisión de la Comisión por la que se declara incompatible con el mercado común la ayuda concedida por las autoridades húngaras a determinados productores de electricidad en forma de acuerdos de compra de electricidad a largo plazo – Demanda de suspensión de la ejecución – Falta de urgencia – Ponderación de los intereses. *DOUE*, C, núm. 55, de 7 de marzo de 2009.
57. Asunto T-388/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de febrero de 2009 – Deutsche Post y DHL International/Comisión. Ayudas de Estado – Decisión de no formular objeciones – Recurso de anulación – Legitimación activa – Admisibilidad – Dificultades serias. *DOUE*, C, núm. 69, de 21 de marzo de 2009.
58. Asunto T-25/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de febrero de 2009 – Iride e Iride Energia/Comisión. Ayudas de Estado – Sector de la energía – Compensación de los costes irre recuperables – Decisión por la que se declara la ayuda compatible con el mercado común – Obligación de la empresa beneficiaria de devolver previamente una ayuda anterior declarada ilegal – Fondos estatales – Ventaja – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 69, de 21 de marzo de 2009.
59. Asuntos acumulados T-265/04, T-292/04 y T-504/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 4 de marzo de 2009 – Tirrenia di Navigazione y otros/Comisión. Ayudas de Estado – Transporte marítimo – Subvenciones concedidas por las autoridades italianas a compañías regionales – Decisión que declara las ayudas en parte compatibles y en parte incompatibles con el mercado común – Recurso de anulación – Admisibilidad – Interés en ejercitar la acción – Ayudas nuevas o ayudas existentes – Obligación de motivación – Artículo 4, apartado 3, del Reglamento (CEE) núm. 3577/92. *DOUE*, C, núm. 90, de 18 de abril de 2009.
60. Asunto T-68/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de marzo de 2009 – Aker Warnow Werft y Kvaerner/Comisión. Ayudas de Estado – Construcción naval – Antigua República Democrática Alemana – Ayudas pagadas para cubrir las pérdidas ligadas a los contratos de construcción naval – Ayudas ligadas a la competitividad – Ausencia de pago excesivo. *DOUE*, C, núm. 90, de 18 de abril de 2009.
61. Asunto T-424/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 4 de marzo de 2009, – Italia/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas establecido por las autoridades italianas a favor de determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios.

- liarios especializados en acciones de sociedades de pequeña y mediana capitalización – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común – Obligación de motivación – Carácter selectivo de la medida – Afectación del comercio entre Estados miembros y distorsión de la competencia – Artículo 87 CE, apartado 3, letra c. *DOUE*, C, núm. 90, de 18 de abril de 2009.
62. Asunto T-445/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 4 de marzo de 2009 – Associazione italiana del risparmio gestito y Fineco Asset Management/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas establecido por las autoridades italianas a favor de determinados organismos de inversión colectiva en valores mobiliarios especializados en acciones de sociedades de pequeña y mediana capitalización – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común – Recurso de anulación – Afectación directa e individual – Admisibilidad – Obligación de motivación – Carácter selectivo de la medida – Obligación de recuperación. *DOUE*, C, núm. 90, de 18 de abril de 2009.
63. Asunto C-222/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 5 de marzo de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo (España) – Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA)/Administración General del Estado. Petición de decisión prejudicial – Artículo 12 CE – Prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad – Artículos 39 CE, 43 CE, 49 CE y 56 CE – Libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE – Artículo 87 CE – Ayuda de Estado – Directiva 89/552/CEE – Ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva – Obligación de los operadores de televisión de destinar parte de sus ingresos de explotación a la financiación anticipada de películas cinematográficas y de televisión europeas, reservando el 60 % de dicha financiación a la producción de obras cuya lengua original sea cualquiera de las oficiales en el Reino de España y que sean mayoritariamente producidas por la industria cinematográfica española. *DOUE*, C, núm. 102, de 5 de mayo de 2009.
64. Asunto T-332/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 2009 – Alcoa Trasformazioni/Comisión. Ayudas de Estado – Electricidad – Tarifa preferencial – Decisión de incoar el procedimiento previsto en el artículo 88 CE, apartado 2 – Admisibilidad – Concepto de ayuda de Estado – Ayuda nueva o ayuda existente – Ventaja – Motivación – Confianza legítima – Seguridad jurídica. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.
65. Asunto T-96/07: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 19 de marzo de 2009 – Telecom Italia Media/Comisión. Ayudas de Estado – Subvenciones para la adquisición de descodificadores digitales – Telecomunicaciones – Decisión de la Comisión por la que se declaró la ayuda incompatible con el mercado común – Decisión adoptada en el transcurso del procedimiento por el Estado miembro de no proceder a la recuperación de la ayuda de la empresa que recurrió

la Decisión de la Comisión en el marco de un recurso de anulación – Desaparición del interés para ejercitar la acción – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.

66. Asunto C-431/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de abril de 2009 – Bouygues SA, Bouygues Télécom SA/ Comisión de las Comunidades Europeas, República Francesa, Orange France SA, Société française du radiotéléphone – SFR. Recurso de casación – Ayudas de Estado – Artículo 88 CE, apartado 2 – Requisitos para incoar el procedimiento formal de examen – Dificultades serias – Criterios constitutivos de una ayuda de Estado – Recursos estatales – Principio de no discriminación. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
67. Asunto C-494/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de abril de 2009 – Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana, Wam SpA. Recurso de casación – Ayudas de Estado – Implantación de una empresa en determinados Estados terceros – Préstamos a bajo interés – Perjuicio para los intercambios entre Estados miembros – Distorsión de la competencia – Intercambios con Estados terceros – Decisión de la Comisión – Ilegalidad de la ayuda de Estado – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
68. Asunto T-58/06: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2009 – HALTE/Comisión. Ayudas de Estado – Denuncia – Recurso por omisión – Definición de posición de la Comisión que pone fin a la omisión – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
69. Asunto T-152/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de junio de 2009 – NDSHT/Comisión. Recurso de anulación – Ayudas de Estado – Reglamento (CE) núm. 659/1999 – Denuncia de un competidor – Escritos de la Comisión a un denunciante – Ayuda existente – Acto no recurrible – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 167, de 18 de julio de 2009.
70. Asunto T-22/07: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 2009 – US Steel Košice/Comisión. Recurso de anulación – Ayudas de Estado – Acta de adhesión – Requisito impuesto al beneficiario de limitar sus ventas de productos planos en la «Unión ampliada» – Carta de la Comisión en la que se interpreta que el citado requisito será aplicable a los mercados búlgaro y rumano a partir de la fecha de su adhesión – Acto no impugnabile – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 167, de 18 de julio de 2009.
71. Asunto T-292/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – Confservizi/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas otorgadas por las autoridades italianas a determinadas empresas de servicios públicos en forma de exenciones fiscales y de préstamos privilegiados – Decisión por la que se declara la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común

- Recurso de anulación – Asociación de empresas – Inexistencia de afectación individual – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
72. Asunto T-297/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – ACEA/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas otorgadas por las autoridades italianas a determinadas empresas de servicios públicos en forma de exenciones fiscales y de préstamos privilegiados – Decisión por la que se declara la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común – Recurso de anulación – Afectación individual – Admisibilidad – Ayudas existentes o ayudas nuevas – Artículo 87 CE, apartado 3, letra c). *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
73. Asunto T-300/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – AMGA/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas otorgadas por las autoridades italianas a determinadas empresas de servicios públicos en forma de exenciones fiscales y de préstamos privilegiados – Decisión por la que se declara la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común – Recurso de anulación – Inexistencia de afectación individual – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
74. Asunto T-301/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – AEM/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas otorgadas por las autoridades italianas a determinadas empresas de servicios públicos en forma de exenciones fiscales y de préstamos privilegiados – Decisión por la que se declara la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común – Recurso de anulación – Afectación individual – Admisibilidad – Ayudas existentes o ayudas nuevas – Artículo 87 CE, apartado 3, letra c). *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
75. Asunto T-309/02: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – Acegas/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas otorgadas por las autoridades italianas a determinadas empresas de servicios públicos en forma de exenciones fiscales y de préstamos privilegiados – Decisión por la que se declara la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común – Recurso de anulación – Inexistencia de afectación individual – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
76. Asunto T-189/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – ASM Brescia/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas otorgadas por las autoridades italianas a determinadas empresas de servicios públicos en forma de exenciones fiscales y de préstamos privilegiados – Decisión por la que se declara la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común – Recurso de anulación – Afectación individual – Admisibilidad – Artículo 87 CE, apartado 3, letra c) – Artículo 86 CE, apartado 2. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.



77. Asunto T-222/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – Italia/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas otorgadas por las autoridades italianas a determinadas empresas de servicios públicos en forma de exenciones fiscales y de préstamos privilegiados – Decisión por la que se declara la incompatibilidad de las ayudas con el mercado común – Ayudas existentes o ayudas nuevas – Artículo 86 CE, apartado 2. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
78. Asuntos T-273/06 y 297/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2009 – ISD Polska y otros/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas a la reestructuración concedidas por la República de Polonia a un productor de acero – Decisión por la que se declara las ayudas incompatibles en parte con el mercado común y se ordena su recuperación – Protocolo núm. 8 sobre la reestructuración de la industria siderúrgica polaca – Recurso de anulación – Legitimación – Plazo para recurrir – Admisibilidad – Confianza legítima – Artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 659/1999 – Tipo de interés aplicable a la devolución de ayudas incompatibles – Obligación de estrecha cooperación con el Estado miembro – Tipo de interés compuesto – Artículo 9, apartado 4, y artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 794/2004. *DOUE*, C, núm. 193, de 15 de agosto de 2009.
79. Asunto T-288/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2009 – Regionalny Fundusz Gospodarczy/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas a la reestructuración concedidas por la República de Polonia a un productor de acero – Decisión por la que se declara las ayudas incompatibles en parte con el mercado común y se ordena su recuperación – Protocolo núm. 8 sobre la reestructuración de la industria siderúrgica polaca – Tipo de interés aplicable a la devolución de ayudas incompatibles – Obligación de estrecha cooperación con el Estado miembro – Artículo 9, apartado 4, y artículo 11, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 794/2004. *DOUE*, C, núm. 193, de 15 de agosto de 2009.
80. Asunto T-291/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2009 – Operator ARP/Comisión. Ayudas de Estado – Régimen de ayudas a la reestructuración concedidas por la República de Polonia a un productor de acero – Decisión por la que se declara las ayudas incompatibles en parte con el mercado común y se ordena su recuperación – Protocolo núm. 8 sobre la reestructuración de la industria siderúrgica polaca – Recurso de anulación – Interés en ejercitar la acción – Admisibilidad – Concepto de beneficiario – Artículo 14, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 659/1999. *DOUE*, C, núm. 193, de 15 de agosto de 2009.
81. Asuntos acumulados T-81/07, T-82/07 y T-83/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2009 – KG Holding y otros/Comisión. Ayudas de Estado – Ayuda de reestructuración acordada por las autoridades neerlandesas a KG Holding NV – Decisión por la que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y se ordena su recuperación – Recurso de anulación

- Inadmisibilidad parcial – Recuperación de la ayuda de empresas beneficiarias declaradas en quiebra – Directrices comunitarias sobre ayudas estatales de salvamento y reestructuración de empresas en crisis. *DOUE*, C, núm. 193, de 15 de agosto de 2009.
82. Asunto C-369/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 7 de julio de 2009 – Comisión de las Comunidades Europeas/República Helénica. Incumplimiento de Estado – Ayudas de Estado – Medidas de ejecución de una sentencia del Tribunal de Justicia – Artículo 228 CE – Sanciones pecuniarias – Multa coercitiva – Cantidad a tanto alzado. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
83. Asunto T-94/05: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 2009 – Athinaiki Techniki/Comisión. Ayuda de Estado – Denuncia – Decisión de archivar la denuncia – Remisión al Tribunal de Primera Instancia tras anulación – Revocación de la decisión impugnada – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 233, de 26 de septiembre de 2009.

## CONSUMIDORES

84. Asunto C-509/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de abril de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale di Bergamo (Italia) – Luigi Scarpelli/NEOS Banca SpA. Directiva 87/102/CEE – Protección de los consumidores – Crédito al consumo – Incumplimiento del contrato de compraventa. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
85. Asunto C-321/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 23 de abril de 2009 – Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España. Incumplimiento de Estado – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
86. Asunto C-243/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 4 de junio de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Budaörsi Városi Bíróság, (Hungría) - Pannon GSM Zrt/Erzsébet Sustikné Györfi. Directiva 93/13/CEE – Cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores – Efectos jurídicos de una cláusula abusiva – Facultad y obligación del juez nacional de examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula atributiva de competencia – Criterios de apreciación. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
87. Asunto C-285/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 4 de junio de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation – Francia) – Sociedad Moteurs Leroy Somer/Sociedad Dalkia France, Sociedad Ace Europe. Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos – Directiva 85/374/CEE – Ámbito de aplicación – Daños causados a una cosa

destinada al uso profesional y utilizada para tal uso – Régimen nacional que permite al perjudicado solicitar la reparación de tales daños aportando únicamente la prueba del daño, del defecto y de la relación causal – Compatibilidad. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.

#### CONTRATO DE AGENCIA

88. **Asunto C-348/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 26 de marzo de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Hamburg (Alemania) – Turgay Semen/Deutsche Tamoil GmbH. Directiva 86/653/CEE – Artículo 17 – Agentes comerciales independientes – Terminación del contrato – Derecho a una indemnización – Determinación del importe de la indemnización. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.

#### CONTRATO DE SEGURO

89. **Asunto C-518/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 28 de abril de 2009** – Comisión de las Comunidades Europeas/República Italiana. Incumplimiento de Estado – Seguro de responsabilidad civil del automóvil – Artículos 43 CE y 49 CE – Directiva 92/49/CEE – Normativa nacional que obliga a contratar a las empresas de seguros – Restricción de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios – Protección social de las víctimas de accidentes de tráfico – Proporcionalidad – Libertad de fijación de tarifas de las compañías de seguros – Principio de control por el Estado miembro de origen. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.

#### DERECHO DE LA COMPETENCIA

90. **Asunto C-468/07 P: Auto del Tribunal de Justicia de 11 de septiembre de 2008** – Coats Holdings Ltd, J&P Coats Ltd/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Artículo 119 del Reglamento de Procedimiento – Competencia – Prácticas colusorias – Multa – Pretensiones dirigidas a reducir el importe de la multa fijada por el Tribunal de Primera Instancia. *DOUE*, C, núm. 69, de 21 de marzo de 2009.
91. **Asunto T-145/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 4 de febrero de 2009** – Omya/Comisión. Competencia – Concentraciones – Solicitud de información – Artículo 11, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 139/2004 – Necesidad de la información solicitada – Proporcionalidad – Plazo razonable – Desviación de poder – Violación de la confianza legítima. *DOUE*, C, núm. 69, de 21 de marzo de 1969.
92. **Asunto C-282/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 5 de febrero de 2009** – Comisión de las Comunidades Europeas/

- Gran Ducado de Luxemburgo. Incumplimiento de Estado – Directiva 2005/29/CE – Prácticas comerciales desleales – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 82, de 4 de abril de 2009.**
93. **Asunto T-249/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de marzo de 2009 – Interpipe Niko Tube e Interpipe NTRP/Consejo. Dumping – Importaciones de determinados tubos sin soldadura, de hierro o acero, originarias de Croacia, Rumanía, Rusia y Ucrania – Cálculo del valor normal – Cooperación de la industria comunitaria – Ajuste – Funciones similares a las de un agente que trabaja sobre la base de una comisión – Entidad económica única – Error manifiesto de apreciación – Oferta de compromiso – Derecho de defensa – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 90, de 18 de abril de 2009.**
94. **Asunto C-510/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 19 de marzo de 2009 – Archer Daniels Midland Co./Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del gluconato sódico – Multas – Directrices para el cálculo del importe de las multas – Política comunitaria sobre la competencia – Igualdad de trato – Volumen de negocios que se puede tomar en consideración – Circunstancias atenuantes. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.**
95. **Asunto T-299/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de marzo de 2009 – Shanghai Excell M&E Enterprise y Shanghai Adeptech Precision/Consejo. Dumping – Importaciones de determinadas balanzas electrónicas originarias de China – Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Artículo 2, apartados 7, letras a) y c), y 10, y artículo 11, apartado 9, del Reglamento (CE) núm. 384/96. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.**
96. **Asunto T-405/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 31 de marzo de 2009 – ArcelorMittal Luxembourg y otros/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado comunitario de vigas – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 65 CA, tras la expiración del Tratado CECA, sobre la base del Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Competencia de la Comisión – Imputabilidad de la conducta infractora – Prescripción – Derecho de defensa. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.**
97. **Asunto C-425/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 23 de abril de 2009 – AEPI Elliniki Etaireia pros Prostatias tis Pnevmatikis Idioktisias AE/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Competencia – Desestimación de una denuncia por la Comisión – Disfunciones importantes del mercado común – Falta de interés comunitario. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.**

98. **Asunto T-12/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 2009 – Itochu/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de consolas de videojuegos y de cartuchos de juegos compatibles con las consolas Nintendo – Decisión por la que se constata una infracción del artículo 81 CE – Limitación de las exportaciones paralelas – Imputabilidad del comportamiento infractor – Multas – Trato diferenciado – Efecto disuasorio – Duración de la infracción – Circunstancias atenuantes – Cooperación durante el procedimiento administrativo. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.**
99. **Asunto T-13/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 2009 – Nintendo y Nintendo of Europe/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de consolas de videojuegos y de cartuchos de juegos Nintendo – Decisión por la que se constata una infracción del artículo 81 CE – Limitación de las exportaciones paralelas – Multas – Efecto disuasorio – Duración de la infracción – Circunstancias agravantes – Papel de líder o de instigador – Circunstancias atenuantes – Cooperación durante el procedimiento administrativo. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.**
100. **Asunto T-18/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de abril de 2009 – CD-Contact Data/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de consolas de videojuegos y de cartuchos de juegos Nintendo – Decisión por la que se constata una infracción del artículo 81 CE – Limitación de las exportaciones paralelas – Prueba de la existencia de un acuerdo destinado a limitar el comercio paralelo – Multas – Trato diferenciado – Circunstancias atenuantes. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.**
101. **Asunto T-116/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de mayo de 2009 – Wieland-Werke/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los tubos de cobre industriales – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de precios y reparto de mercados – Multas – Principio de legalidad de las penas – Tamaño del mercado de referencia – Efecto disuasorio – Duración de la infracción – Cooperación. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.**
102. **Asunto T-122/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de mayo de 2009 – Outokumpu y Luvata/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los tubos de cobre industriales – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de los precios y reparto de mercados – Multas – Tamaño del mercado de referencia – Circunstancias agravantes – Reincidencia. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.**
103. **Asunto T-127/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 6 de mayo de 2009 – KME Germany y otros/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Mercado de los tubos de cobre industriales – Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE – Fijación de precios y reparto de mercados – Mul-**

- tas – Repercusiones concretas en el mercado – Tamaño del mercado de referencia – Duración de la infracción – Circunstancias atenuantes – Cooperación. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
104. Asunto T-151/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de mayo de 2009 – NVV y otros/Comisión. Competencia – Concentraciones – Mercados de la compra de cerdos y cerdas vivos destinados al sacrificio – Decisión por la que se declara la compatibilidad de la concentración con el mercado común – Definición del mercado geográfico de referencia – Obligación de diligencia – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
105. Asunto C-8/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 4 de junio de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el College van Beroep voor het bedrijfsleven (Países Bajos) – T-Mobile Netherlands BV, KPN Mobile NV, Orange Nederland NV, Vodafone Libertel NV/Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit. Petición de decisión prejudicial – Artículo 81 CE, apartado 1 – Concepto de «práctica concertada» – Relación de causalidad entre la concertación y el comportamiento de las empresas en el mercado – Apreciación conforme a las normas de Derecho nacional – Carácter suficiente de una única reunión o necesidad de una concertación duradera y regular. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
106. Asunto T-269/03: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de junio de 2009 – Socratec/Comisión. Competencia – Concentraciones – Mercado de los sistemas de telemática del transporte – Demandante declarada en quiebra durante la sustentación del procedimiento – Desaparición del interés para ejercitar la acción – Sobresimiento. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
107. Asunto T-48/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de junio de 2009 – Qualcomm/Comisión. Competencia – Concentraciones – Mercado de los sistemas de telemática del transporte – Decisión por la que se declara la compatibilidad de la concentración con el mercado común – Compromisos – Error manifiesto de apreciación – Desviación de poder – Obligación de motivación. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
108. Asunto T-498/04: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 2009 – Zhejiang Xinan Chemical Industrial Group/Consejo. Dumping – Importaciones de glifosato procedente de China – Estatuto de empresa que opera en condiciones de economía de mercado – Artículo 2, apartado 7, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 384/96. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
109. Asunto T-24/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2009 – ThyssenKrupp Stainless/Comisión. Competencia – Prácticas colusorias – Productos planos de acero inoxidable – Decisión que declara una infracción al artículo 65 CA tras la

- expiración del Tratado CECA, con arreglo al Reglamento (CE) núm. 1/2003 – Extra de aleación – Competencia de la Comisión – Imputabilidad de la conducta infractora – Fuerza de cosa juzgada – Derecho de defensa – Acceso al expediente – Prescripción – Principio *non bis in idem* – Cooperación durante el procedimiento administrativo. *DOUE*, C, núm. 193, de 15 de agosto de 2009.
110. Asunto C-511/06 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 9 de julio de 2009 – Archer Daniels Midland Co./ Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Competencia – Prácticas colusorias – Mercado del ácido cítrico – Determinación del importe de la multa – Papel de líder – Derecho de defensa – Elementos probatorios que proceden de un procedimiento instruido en un Estado tercero – Definición del mercado pertinente – Circunstancias atenuantes. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
111. Asunto T-464/04: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 30 de junio de 2009 – Impala/Comisión. Competencia – Concentración – Empresa en participación Sony BMG – Desaparición del objeto del litigio – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
112. Asunto C-385/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de julio de 2009 – Der Grüne Punkt – Duales System Deutschland GmbH/Comisión de las Comunidades Europeas, Interseroh Dienstleistungs GmbH, Vfw GmbH, Landbell AG für Rückhol-Systeme, BellandVision GmbH. Recurso de casación – Competencia – Artículo 82 CE – Sistema de recogida y valorización de envases usados en Alemania – Distintivo «Der Grüne Punkt» – Canon debido según el contrato de utilización del distintivo – Abuso de posición dominante – Derecho exclusivo del titular de una marca – Duración excesiva del procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia – Plazo razonable – Principio de tutela judicial efectiva – Artículos 58 y 61 del Estatuto del Tribunal de Justicia. *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.

## ESPACIO JUDICIAL EUROPEO

113. Asunto C-185/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de febrero de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por la House of Lords – Reino Unido) – Allianz SpA, anteriormente Riunione Adriatica di Sicurtà SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA/West Tankers Inc. (Reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Ámbito de aplicación – Competencia de un tribunal de un Estado miembro para pronunciar una orden conminatoria por la que se prohíba a una parte entablar o seguir actuando en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro por considerarse que ese procedimiento es contrario a un convenio arbitral – Convención de Nueva York. *DOUE*, C, núm. 82, de 4 de abril de 2009.

114. **Asunto C-339/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de febrero de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) – Christopher Seagon, que actúa en calidad de administrador concursal de Frick Teppichboden Supermärkte GmbH/Deko Marty Belgium NV. Cooperación judicial en materia civil – Procedimientos de insolvencia – Órgano jurisdiccional competente. *DOUE*, C, núm. 82, de 4 de abril de 2009.
115. **Asunto C-394/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de abril de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte d'appello di Milano (Italia) – Marco Gambazzi/DaimlerChrysler Canada Inc., CIBC Mellon Trust Company. Convenio de Bruselas – Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales – Motivos de denegación – Violación del orden público del Estado requerido – Exclusión del demandado del procedimiento ante el tribunal del Estado de origen por incumplir una orden judicial. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
116. **Asunto C-523/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 2 de abril de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Korkein hallinto-oikeus (Finlandia) – A. Cooperación judicial en materia civil – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Reglamento (CE) núm. 2201/2003 – Ámbito de aplicación material – Concepto de «materias civiles» – Decisión relativa a la guarda de menores y a su acogimiento fuera del domicilio familiar – Residencia habitual del menor – Medidas cautelares – Competencia. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
117. **Asunto C-533/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 23 de abril de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) – Falco Privatstiftung, Thomas Rabitsch/Gisela Weller-Lindhorst. Competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencias especiales – Artículo 5, punto 1, letras a) y b), segundo guión – Concepto de «prestación de servicios» – Concesión de derechos de propiedad intelectual. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
118. **Asunto C-180/06: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 14 de mayo de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberlandesgericht Wien (Austria) – Renate Ilsinger/Martin Dreschers, síndico de la quiebra de Schlank & Schick GmbH. Competencia judicial en materia civil – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores – Derecho del consumidor destinatario de una publicidad engañosa a reclamar judicialmente el premio aparentemente ganado – Calificación – Acción de carácter contractual prevista en el artículo 15, apartado 1, letra c), de dicho Reglamento – Requisitos. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.



119. **Asunto C-420/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 28 de abril de 2009** Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) – Meletis Apostolides/David Charles Orams, Linda Elizabeth Orams. Petición de decisión prejudicial – Protocolo núm. 10 sobre Chipre – Suspensión de la aplicación del acervo comunitario en las zonas en las que el Gobierno de la República de Chipre no ejerce un control efectivo – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil – Resolución dictada por un tribunal chipriota con sede en la zona en la que dicho Gobierno ejerce un control efectivo y relativa a un inmueble situado fuera de esta zona – Artículos 22, número 1, 34, números 1 y 2, 35, apartado 1, y 38, apartado 1, de dicho Reglamento. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
120. **Asunto C-14/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 25 de junio de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 5 de San Javier (Murcia) – Roda Golf & Beach Resort S.L. Cooperación judicial en materia civil – Remisión prejudicial – Competencia del Tribunal de Justicia – Concepto de «litigio» – Reglamento (CE) núm. 1348/2000 – Notificación y traslado de documentos extrajudiciales al margen de un procedimiento judicial – Documento notarial. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
121. **Asunto C-111/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de julio de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen (Suecia) – SCT Industri AB i likvidation/Alpenblume AB. Cooperación judicial en materia civil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales – Ámbito de aplicación – Quiebras. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
122. **Asunto C-204/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 9 de julio de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof (Alemania) - Peter Rehder/Air Baltic Corporation. Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Artículo 5, punto 1, letra b), segundo guión – Reglamento (CE) núm. 261/2004 – Artículos 5, apartado 1, letra c), y 7, apartado 1, letra a) – Convenio de Montreal – Artículo 33, apartado 1 – Transportes aéreos – Demandas de compensación de los pasajeros contra compañías aéreas en caso de cancelación de los vuelos – Lugar de cumplimiento de la prestación – Competencia judicial en caso de transporte aéreo de un Estado miembro a otro por una compañía aérea establecida en un tercer Estado miembro. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
123. **Asunto C-168/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de julio de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation (Francia) – Laszlo Hadady (Hadady)/Csilla Marta Mesko, esposa de Hadady (Hadady). Cooperación judicial en materia civil – Reglamento (CE)

núm. 2201/2003 – Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental – Artículo 64 – Disposiciones transitorias – Aplicación a una resolución judicial de un Estado miembro que se adhirió a la Unión Europea en 2004 – Artículo 3, apartado 1 – Competencia en materia de divorcio – Puntos de conexión pertinentes – Residencia habitual – Nacionalidad – Cónyuges que residen en Francia y que tienen ambos las nacionalidades francesa y húngara. *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.

124. Asunto C-189/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hoge Raad der Nederlanden – (Países Bajos) – Zuid-Chemie BV/Philippo's Mineralenfabriek NV/SA. Cooperación judicial en materia civil y mercantil – Competencia judicial y ejecución de resoluciones – Reglamento (CE) núm. 44/2001 – Concepto de «lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso». *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE CAPITALES

125. Asunto C-574/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 16 de julio de 2009 – Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Bélgica. Mercado interior – Libre circulación de capitales – Lucha contra el fraude y el blanqueo de capitales. *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.

#### LIBRE CIRCULACIÓN DE MERCANCÍAS

126. Asunto C-88/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera), de 5 de marzo de 2009 – Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de España. Artículos 28 CE y 30 CE – Libre circulación de mercancías – Directiva 2001/83/CE – Productos a base de plantas medicinales – Productos clasificados como medicamentos – Productos legalmente fabricados o comercializados como complementos alimenticios o productos dietéticos en otros Estados miembros – Concepto de «medicamento» – Autorización de comercialización – Obstáculo – Justificación – Salud pública – Protección de los consumidores – Proporcionalidad – Decisión núm. 3052/95/CE – Procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad. *DOUE*, C, núm. 102, de 5 de mayo de 2009.

#### LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

127. Asunto C-564/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 11 de junio de 2009 – Comisión de las Comunidades Europeas/República de Austria. Incumplimiento de Estado – Artículo 49 CE – Libre prestación de servicios – Agentes de la propiedad industrial – Obligación de suscribir un seguro de responsabilidad

- profesional – Obligación de designar a un domiciliatario en el Estado miembro destinatario de los servicios. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
128. Asunto C-356/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 25 de junio de 2009 – Comisión de las Comunidades Europeas/República de Austria. Incumplimiento de Estado – Libre prestación de servicios – Libertad de establecimiento – Libre circulación de capitales – Normativa nacional que impone a los médicos establecidos en el territorio del Land Oberösterreich la obligación de abrir una cuenta bancaria en un banco determinado. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
129. Asunto C-377/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 2 de julio de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte suprema di cassazione (Italia) – EGN BV – Filiale Italiana/Agenzia delle Entrate – Ufficio di Roma 2. Sexta Directiva IVA – Artículo 17, apartado 3, letra a – Deducibilidad y devolución del IVA soportado – Prestaciones de servicios de telecomunicaciones – Prestación de servicios en beneficio de un destinatario establecido en otro Estado miembro – Artículo 9, apartado 2, letra e) – Determinación del lugar de la prestación. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.

## PROPIEDAD INDUSTRIAL

130. Asunto C-495/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 15 de enero de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Patent- und Markensenat – Austria) – Silberquelle GmbH/Maselli Strickmode GmbH. Marcas – Directiva 89/104/CEE – Artículos 10 y 12 – Caducidad – Concepto de «uso efectivo» de una marca – Colocación de la marca en objetos publicitarios – Distribución gratuita de tales objetos a los adquirentes de productos del titular de la marca. *DOUE*, C, núm. 55, de 7 de marzo de 2009.
131. Asunto T-296/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de enero de 2009 – Korsch/OAMI (PharmaCheck). Marca comunitaria – Solicitud de marca denominativa PharmaCheck – Motivo absoluto de denegación – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Limitación de la lista de productos. *DOUE*, C, núm. 55, de 7 de marzo de 2009.
132. Asunto T-307/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 21 de enero de 2009 – Hansgrohe/OAMI (AIRSHOWER). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa AIRSHOWER – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 55, de 7 de marzo de 2009.
133. Asunto T-316/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de enero de 2009 – Commercy/OAMI – easyGroup IP Licensing (easyHotel). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad

- Marca comunitaria denominativa EasyHotel – Marca nacional denominativa anterior EASYHOTEL – Motivo de denegación relativo – Ausencia de similitud de los productos y de los servicios – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Justicia gratuita – Solicitud presentada por el administrador de la quiebra de una sociedad mercantil – Artículo 94, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento. *DOUE*, C, núm. 55, de 7 de marzo de 2009.
134. Asunto T-424/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de enero de 2009 – Pioneer Hi-Bred International/OAMI (OPTIMUM). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa OPTIMUM – Motivo absoluto de denegación – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Obligación de motivación – Examen de oficio de los hechos – Artículos 73 y 74, apartado 1, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 55, de 7 de marzo de 2009.
135. Asunto T-372/06: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 19 de diciembre de 2008 – Bomba Energia Getränkevertriebs/OAMI – Eckes-Granini (Bomba). Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 55, de 7 de marzo de 2009.
136. Asunto T-209/07: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 16 de diciembre de 2008 – Gaedertz/OAMI – Living Byte Software (GlobalRemote). Marca comunitaria – Solicitud de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 55, de 7 de marzo de 2009.
137. Asunto C-197/07 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 12 de diciembre de 2008 – Aktieselskabet af 21. november 2001/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), TDK Kabushiki Kaisha (TDK Corp.) Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 5 – Notoriedad – Beneficio indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Solicitud de registro como marca comunitaria del signo denominativo «TDK» – Oposición del titular de las marcas denominativas y figurativas, comunitarias y nacionales, TDK – Denegación de registro. *DOUE*, C, núm. 69, de 21 de marzo de 2009.
138. Asunto C-513/07 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala sexta) de 17 de octubre de 2008 – AGC Flat Glass Europe SA, anteriormente Glaverbel SA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 3 – Marca figurativa que representa la textura de una superficie de vidrio – Denegación del registro – Prueba del carácter distintivo adquirido por el uso – Público pertinente y territorio que ha de considerarse. *DOUE*, C, núm. 69, de 21 de marzo de 2009.

139. Asunto C-20/08 P: Auto del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 2008 – Enercon GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca tridimensional constituida por la forma del producto – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 1 – Carácter distintivo de la marca – Recurso de casación en parte manifiestamente inadmisibile y en parte manifiestamente infundado. *DOUE*, C, núm. 69, de 21 de marzo de 2009.
140. Asunto C-81/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 13 de noviembre de 2008 – Miguel Cabrera Sánchez/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Industrias Cárnicas Valle, S.A. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Marca mixta denominativa y figurativa – Oposición del titular de una marca anterior. *DOUE*, C, núm. 69, de 21 de marzo de 2009.
141. Asunto T-174/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de enero de 2009 – Volkswagen/OAMI (TDI). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa TDI – Motivos de denegación absolutos – Carácter descriptivo – Inexistencia de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 1, letra c), y apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 62, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94 – Artículo 74, apartado 1, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 69, de 21 de marzo de 2009.
142. Asunto T-413/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de febrero de 2009 – Bayern Innovativ/OAMI – Life Sciences Partners Perstock (LifeScience). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa LifeScience – Marca comunitaria figurativa anterior Life Sciences Partners – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 69, de 21 de marzo de 2009.
143. Asunto T-265/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de febrero de 2009 – Lee/DE/OAMI – Cooperativa italiana di ristorazione (PIAZZA del SOLE). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa PIAZZA del SOLE – Marcas nacionales e internacionales denominativas anteriores PIAZZA y PIAZZA D'ORO – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Inexistencia de similitud entre los signos. *DOUE*, C, núm. 82, de 4 de abril de 2009.
144. Asunto T-168/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 4 de marzo de 2009 – Professional Tennis Registry/OAMI – Registro Profesional de Tenis (PTR PROFESSIONAL TENNIS REGISTRY). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa PTR PROFESSIONAL

- TENNIS REGISTRY** – Marca nacional y comunitaria figurativa anterior RPT Registro Profesional de Tenis, S.L., y marca nacional figurativa anterior RPT European Registry of Professional Tennis – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 90, de 18 de abril de 2009.
145. Asunto T-8/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 10 de marzo de 2009 – Piccoli/OAMI (Forma de una concha). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de una concha – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 90, de 18 de abril de 2009.
146. Asunto C-320/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 12 de marzo de 2009 – Antartica Srl/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), The Nasdaq Stock Market Inc. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 5 – Denegación del registro – Marca anterior de renombre NASDAQ – Signo figurativo «nasdaq» – Uso de la marca anterior para productos y servicios ofrecidos supuestamente a título gratuito – Beneficio indebidamente obtenido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Público pertinente. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.
147. Asunto C-21/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 26 de marzo de 2009 – Sunplus Technology Co. Ltd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos) y Sun Microsystems Inc. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca figurativa y denominativa SUNPLUS – Oposición del titular de las marcas denominativas nacionales SUN – Denegación del registro. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.
148. Asunto C-17/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 6 de febrero de 2009 – MPDV Mikrolab GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 1, letra c) – Denegación de registro – Marca denominativa manufacturing score card – Carácter descriptivo. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.
149. Asuntos acumulados C-39/08 y C-43/08: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 12 de febrero de 2009 – Peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Bundespatentgericht (Alemania) – Bild digital GmbH & Co. KG, anteriormente Bild.T-Online.de AG & Co. KG (C-39/08), ZVS Zeitungsvertrieb Stuttgart GmbH (C-43/08)/Präsident des Deutschen Patent- und Markenamts (Artículo 104, apartado 3, párrafo primero, del Reglamento de

- Procedimiento – Directiva 89/104/CEE – Solicitudes de registro de una marca – Examen caso por caso – No consideración de resoluciones anteriores – Inadmisibilidad manifiesta. DOUE, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.**
150. **Asunto C-62/08: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 19 de febrero de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Hof van Cassatie van België – Bélgica) – UDV North America Inc/Brandtraders NV. Artículo 104, apartado 3, párrafo segundo, del Reglamento de Procedimiento – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 9, apartados 1, letra a), y 2, letra d) – Derecho del titular de una marca registrada a oponerse al uso por un tercero de un signo idéntico a la marca – Concepto de «uso» – Utilización de un signo idéntico a la marca por un intermediario comercial en sus documentos mercantiles – Intermediario que actúa en su propio nombre pero por cuenta de un vendedor. DOUE, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.**
151. **Asunto C-131/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 30 de enero de 2009 – Dorel Juvenile Group, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 1, letra b) – Solicitud de marca denominativa SAFETY 1st – Falta de carácter distintivo – Denegación de registro. DOUE, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.**
152. **Asunto C-210/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 20 de enero de 2009 – Sebirán, S.L./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), El Coto de Rioja, S.A. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Riesgo de confusión – Marca figurativa Coto D’Arcis – Oposición del titular de las marcas denominativas COTO DE IMAZ y EL COTO – Denegación parcial de registro. DOUE, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.**
153. **Asunto T-171/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de marzo de 2009 – Laytoncrest/OAMI – Erico (TRENTON). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa TRENTON – Marca comunitaria denominativa anterior LENTON – Derecho a ser oído – Artículo 73 del Reglamento (CE) núm. 40/94 y regla 54 del Reglamento (CE) núm. 2868/95 – No retirada de la solicitud de marca – Artículo 44, apartado 1, del Reglamento núm. 40/94 – Obligación de pronunciarse basándose en las pruebas disponibles – Regla 20, apartado 3, y regla 50, apartado 1, del Reglamento núm. 2868/95. DOUE, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.**
154. **Asuntos acumulados T-318/06 a T-321/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de marzo de 2009 – Moreira da Fonseca/OAMI – General Óptica (GENERAL ÓPTICA). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marcas comunitarias figurativas GENERAL ÓPTICA en diferentes colores – Nombre**

- comercial anterior **Generalóptica** – Motivo de denegación relativo – Alcance local del signo anterior – Artículos 8, apartado 4, y 52, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.
155. Asunto T-21/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 2009 – L'Oréal/OAMI – Spa Monopole (SPALINE). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SPALINE – Marca nacional denominativa anterior SPA – Motivo de denegación relativo – Perjuicio para la notoriedad – Aprovechamiento indebido de la notoriedad de la marca anterior – Falta de justa causa para el uso de la marca solicitada – Artículo 8, apartado 5, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.
156. Asunto T-109/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 2009 – L'Oréal/OAMI – Spa Monopole (SPA THERAPY). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa SPA THERAPY – Marca nacional denominativa anterior SPA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.
157. Asunto T-191/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 2009 – Anheuser-Busch/OAMI – Budějovický Budvar (BUDWEISER). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria BUDWEISER – Marcas internacionales denominativa y figurativas anteriores BUDWEISER y Budweiser Budvar – Motivos de denegación relativos – Artículo 8, apartado 1, letras a) y b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Uso efectivo de la marca anterior – Artículo 43, apartados 2 y 3, del Reglamento núm. 40/94 – Violación del derecho de defensa – Motivación – Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94 – Presentación extemporánea de documentos – Facultad de apreciación conferida por el artículo 74, apartado 2, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.
158. Asunto T-343/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 2009 – allsafe Jungfalk/OAMI (ALLSAFE). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa ALLSAFE – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.
159. Asunto T-402/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 2009 – Kaul/OAMI – Bayer (ARCOL). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ARCOL – Marca comunitaria denominativa anterior CAPOL – Ejecución por parte de la OAMI de una sentencia de anulación de una resolución de sus Salas de Recurso – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo



- de confusión – Derecho de defensa – Artículo 8, apartado 1, letra b), artículo 61, apartado 2, artículo 63, apartado 6, artículo 73, segunda frase, y artículo 74, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.
160. Asunto T-118/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de abril de 2009 – Zuffa/OAMI (ULTIMATE FIGHTING CHAMPIONSHIP). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa ULTIMATE FIGHTING CHAMPIONSHIP – Motivos de denegación absolutos – Falta de carácter distintivo – Carácter descriptivo – Obligación de motivación – Artículo 7, apartado 1, letras b) y c), y artículo 73 del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 129, de 6 de junio de 2009.
161. Asunto C-59/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 23 de abril de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de Cassation (Francia) – Copad SA/Christian Dior couture SA, Vincent Gladel, que actúa en calidad de administrador concursal de la Société industrielle lingerie (SIL), Société industrielle lingerie (SIL). Directiva 89/104/CEE – Derecho de marcas – Agotamiento de los derechos del titular de la marca – Contrato de licencia – Venta de productos de la marca incumpliendo una cláusula del contrato de licencia – Falta de consentimiento del titular de la marca – Venta a saldistas – Perjuicio causado al prestigio de la marca. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
162. Asunto C-90/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 5 de marzo de 2009 – K & L Ruppert Stiftung & Co. Handels-KG/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Natália Cristina Lopes de Almeida Cunha, Cláudia Couto Simões, Marly Lima Jatobá. Recurso de casación – Marca comunitaria – Solicitud de registro de la marca comunitaria figurativa CORPO LIVRE – Oposición del titular de las marcas denominativas nacionales e internacionales anteriores LIVRE – Presentación extemporánea de la prueba de uso de las marcas anteriores – Desestimación de la oposición. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
163. Asunto T-23/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2009 – Borco-Marken-Import Matthiesen/OAMI ( $\alpha$ ). Marca comunitaria – Solicitud de marca figurativa comunitaria  $\alpha$  – Motivo de denegación absoluto – Carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
164. Asunto T-430/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2009 – Bodegas Montebello/OAMI – Montebello (MONTEBELLO RHUM AGRICOLE). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa MONTEBELLO RHUM AGRICOLE – Marca nacional denominativa anterior MONTEBELLO – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de simi-

- litud de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
165. Asunto T-449/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de mayo de 2009 – Rotter/OAMI (Forma de un conjunto de salchichas). Marca comunitaria – Solicitud de marca tridimensional comunitaria – Forma de un conjunto de salchichas – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
166. Asunto T-81/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de abril de 2009 – Enercon/OAMI (E-Ship). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa E-Ship – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c) del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
167. Asunto T-104/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 5 de mayo de 2009 – ars Parfum Creation & Consulting/OAMI (Forma de un vaporizador). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de un vaporizador – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Obligación de motivación – Artículo 7, apartado 1, letra b), artículo 73 y artículo 74, apartado 1, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.
168. Asunto C-398/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 7 de mayo de 2009 – Waterford Wedgwood plc/Assembled Investments (Proprietary) Ltd, Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca figurativa WATERFORD STELLENBOSCH – Oposición del titular de la marca denominativa comunitaria WATERFORD – Denegación de registro por la Sala de Recurso. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
169. Asunto T-414/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de mayo de 2009 – NHL Enterprises/OAMI – Glory & Pompea (LA KINGS). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa LA KINGS – Marca nacional figurativa anterior KING – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
170. Asunto T -165/06: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 2009 – Fiorucci/OAMI – Edwin (ELIO FIORUCCI). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad y de caducidad – Marca denominativa comunitaria ELIO FIORUCCI – Registro como marca del nombre de una persona célebre – Artículos 52, apartado 2, letra a), y 50, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.

171. Asuntos acumulados T-211/06, T-213/06, T-245/06, T-155/07 y T-178/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 19 de mayo de 2009 – Euro-Information/OAMI (CYBERCREDIT, CYBERGESTION, CYBERGUICHET, CYBERBOURSE y CYBERHOME). Marca comunitaria – Solicitudes de marcas comunitarias denominativas CYBERCREDIT, CYBERGESTION, CYBERGUICHET, CYBERBOURSE y CYBERHOME – Motivo absoluto de denegación – Inexistencia de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Falta de carácter distintivo adquirido por el uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
172. Asunto T-277/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de mayo de 2009 – Omnicare/OAMI – Astellas Pharma (OMNICARE). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca denominativa comunitaria OMNICARE – Marca gráfica nacional anterior OMNICARE – Desestimación de una petición de *restitutio in integrum*. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
173. Asunto T-185/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de mayo de 2009 – Klein Trademark Trust/OAMI – Zafra Marroquinos (CK CREACIONES KENNYA). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa CK CREACIONES KENNYA – Marca comunitaria figurativa anterior CK Calvin Klein y marcas nacionales figurativas anteriores CK – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Inexistencia de similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
174. Asuntos acumulados T-405/07 y T-406/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 20 de mayo de 2009 – CFCMCEE/OAMI (P@YWEB CARD y PAYWEB CARD). Marca comunitaria – Solicitudes de marcas denominativas comunitarias P@YWEB/email CARD y PAYWEB CARD – Motivo de denegación absoluto – Falta parcial de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
175. Asunto T-410/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de mayo de 2009 – Jurado Hermanos/OAMI (JURADO). Marca comunitaria – Marca denominativa comunitaria JURADO – Inexistencia de solicitud de renovación del titular de la marca – Cancelación de la marca tras la expiración del registro – Petición de *restitutio in integrum* presentada por el licenciatario exclusivo. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
176. Asunto T-136/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de mayo de 2009 – Aurelia Finance/OAMI (AURELIA). Marca comunitaria – Marca comunitaria denominativa AURELIA

- Impago de la tasa de renovación – Cancelación de la marca a la expiración del registro – Petición de restitutio in integrum. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
177. Asunto T-183/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de mayo de 2009 – Schuhpark Fascies/OAMI – Leder & Schuh (jello SCHUHPARK). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa y denominativa jello SCHUHPARK – Marca nacional denominativa anterior Schuhpark – Motivo de denegación relativo – Prueba del uso de la marca anterior – Artículo 43, apartado 2, del Reglamento (CE) núm. 40/94. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
178. Asunto T-282/07: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 28 de abril de 2009 – Tailor/OAMI (Representación de un bolsillo izquierdo). Marca comunitaria – Solicitud de registro de la marca comunitaria figurativa que representa un bolsillo izquierdo – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Recurso que carece manifiestamente de todo fundamento jurídico. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
179. Asunto T-283/07: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 28 de abril de 2009 – Tailor/OAMI (Representación de un bolsillo derecho). Marca comunitaria – Solicitud de registro de la marca comunitaria figurativa que representa un bolsillo derecho – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Recurso que carece manifiestamente de todo fundamento jurídico. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.
180. Asunto T-189/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 3 de junio de 2009 – Frosch Touristik/OAMI – DSR touristik (FLUGBÖRSE). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa FLUGBÖRSE – Fecha pertinente para examinar una causa de nulidad absoluta – Artículo 51, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 167, de 18 de julio de 2009.
181. Asunto T-372/08: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 20 de abril de 2009 – Murnauer Markenvertrieb/OAMI – Fitne Gesundheit und Wellness (Notfall Bonbons). Marca comunitaria – Solicitud de nulidad – Retirada de la solicitud de nulidad – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 167, de 18 de julio de 2009.
182. Asunto T-462/08: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 21 de abril de 2009 – Winzer Pharma/OAMI – Alcon (OFTAL CUSI). Marca comunitaria – Revocación de la resolución de la Sala de Recurso – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 167, de 18 de julio de 2009.
183. Asunto C-487/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de junio de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division)

- (Reino Unido) – L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV, Malaika Investments Ltd, actuando con el nombre comercial «Honey pot cosmetic & Perfumery Sales», Starion International Ltd. Directiva 89/104/CEE – Marcas – Artículo 5, apartados 1 y 2 – Uso en una publicidad comparativa – Derecho a prohibir dicho uso – Ventaja desleal obtenida del renombre – Menoscabo a las funciones de la marca – Directiva 84/450/CEE – Publicidad comparativa – Artículo 3 bis, apartado 1, letras g) y h) – Requisitos de licitud de la publicidad comparativa – Ventaja obtenida indebidamente de la reputación de una marca – Presentación de un bien como una imitación o una réplica. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
184. Asunto C-529/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de junio de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) – Chocoladefabriken Lindt & Sprüngli AG/Franz Hauswirth GmbH. Marca comunitaria tridimensional – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 51, apartado 1, letra b) – Criterios pertinentes para apreciar la «mala fe» del solicitante en el momento de presentar la solicitud de marca comunitaria. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
185. Asunto C-542/07 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de junio de 2009 – Imagination Technologies Ltd/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación – Marca comunitaria – Denegación de registro – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 7, apartado 3 – Carácter distintivo adquirido por el uso – Uso posterior a la fecha de presentación de la solicitud de registro. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
186. Asunto T-204/06: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de junio de 2009 – Vivartia/OAMI – Kraft Foods Schweiz (milko ΔΕΛΤΑ). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa milko ΔΕΛΤΑ – Marca comunitaria figurativa anterior MILKA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
187. Asuntos acumulados T-114/07 y T-115/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – Last Minute Network /OAMI – Last Minute Tour (LAST MINUTE TOUR). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca figurativa comunitaria LAST MINUTE TOUR – Marca nacional anterior no registrada LASTMINUTE.COM – Motivo de denegación relativo – Remisión al Derecho nacional que regula la marca anterior – Régimen de la acción de common law por usurpación de denominación (action for passing off) – Artículo 8, apartado 4, y artículo 52, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94,

- actualmente artículo 8, apartado 4, y artículo 53, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009, respectivamente. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
188. Asunto T-418/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de junio de 2009 – LIBRO Handlungsgesellschaft mbH/OAMI – Dagmar Causley (LiBRO). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa LiBRO – Marca comunitaria figurativa anterior LIBERO – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Denegación parcial del registro – Recurso de anulación presentado por la parte coadyuvante – Artículo 134, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia – Firma del escrito en el que figuran los motivos del recurso interpuesto ante la Sala de Recurso – Admisibilidad del recurso presentado ante la Sala de Recurso. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
189. Asunto T-450/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de junio de 2009 – Harwin International/OAMI – Cuadrado (Pickwick COLOUR GROUP). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria gráfica Pickwick COLOUR GROUP – Marcas nacionales anteriores PicK OUIc y PICK OUIc Cuadrado, S.A. VALENCIA – Solicitud de prueba del uso – Artículo 56, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 57, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
190. Asunto T-464/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de junio de 2009 – Korsch/OAMI (PharmaResearch). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa PharmaResearch – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Limitación de los productos designados en la solicitud de marca. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
191. Asunto T-33/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – Bastos Viegas/OAMI – Fabre Médicament (OPDREX). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa OPDREX – Marca nacional denominativa anterior OPTREX – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
192. Asunto T-67/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – Hedgefund Intelligence/OAMI – Hedge Invest (InvestHedge). Marca comunitaria – Procedimiento de

- oposición – Solicitud de marca gráfica comunitaria InvestHedge – Marca gráfica comunitaria anterior HEDGE INVEST – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
193. Asunto T-78/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – Baldesberger/OAMI (Forma de una pinza pequeña). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria tridimensional – Forma de una pinza pequeña – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
194. Asunto T-132/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – ERNI Electroncis/OAMI (MaxiBridge). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa MaxiBridge – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo de la función de los productos designados en la solicitud de marca – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento núm. 207/2009). *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
195. Asunto T-151/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de junio de 2009 – Guedes – Indústria e Comércio/OAMI – Espai Rural de Gallecs (Gallecs). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa Gallecs – Marcas nacionales y comunitarias figurativas anteriores GALLO, GALLO AZEITE NOVO, GALLO AZEITE – Motivo relativo de denegación – Inexistencia de riesgo de confusión – Falta de similitud de los signos – Artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5 del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y apartado 5 del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
196. Asunto T-4/09: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de junio de 2009 – UniCredit/OAMI – Union Investment Privatfonds (UniCredit). Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
197. Asunto T-435/05: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 30 de junio de 2009 – Danjaq/OAMI – Mission Productions (Dr. No). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Dr. No – Oposición del titular de las marcas denominativas no registradas y de los signos Dr. No y Dr. NO – Falta del requisito de ser marcas anteriores – Inexistencia de signo distintivo utilizado en el tráfico económico – Artículo 8, apartado 1, letras a) y b); apartado 2, letra c), y apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letras a)

- y b), apartado 2, letra c), y apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Obligación de motivación – Artículo 73 del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 75 del Reglamento (CE) núm. 207/2009]. *DOUE*, C, núm. 193, de 15 de agosto de 2009.
198. Asunto T-414/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de julio de 2009 – Euro-Information/OAMI (Representación de una mano que sostiene una tarjeta con tres triángulos). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria figurativa que representa una mano que sostiene una tarjeta con tres triángulos – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 193, de 15 de agosto de 2009.
199. Asunto T-419/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2009 – Okalux/OAMI – Messe Düsseldorf (OKATECH). Marca comunitaria – Procedimiento de caducidad – Marca comunitaria denominativa OKATECH – Revocación parcial – Plazo para recurrir – Artículos 57 y 77 bis del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 58 y artículo 80 del Reglamento (CE) núm. 207/2009, respectivamente – Principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica – Derecho a ser oído. *DOUE*, C, núm. 193, de 15 de agosto de 2009.
200. Asunto T-16/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de julio de 2009 – Perfetti Van Melle/OAMI – Cloetta Fazer (CENTER SHOCK). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria denominativa CENTER SHOCK – Marcas nacionales denominativas anteriores CENTER – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 52, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), y artículo 53, apartado 1, letra a), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 193, de 15 de agosto de 2009.
201. Asunto T-311/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de julio de 2009 – Fitoussi/OAMI – Lorient (IBIZA REPUBLIC). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa IBIZA REPUBLIC – Marca nacional figurativa anterior que representa una estrella de cinco puntas rodeada de un círculo – Motivo de denegación absoluto – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 193, de 15 de agosto de 2009.
202. Asunto C-343/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 2 de julio de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por la Corte d'appello di Torino (Italia) – Bavaria NV, Bavaria Italia s.r.l./Bayerischer Brauerbund eV. Petición de decisión prejudicial – Apreciación de validez – Admisibilidad – Reglamentos (CEE) núm. 2081/92 y (CE) núm. 1347/2001 – Validez – Denomi-



- nación genérica – Coexistencia entre una marca y una indicación geográfica protegida. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
203. **Asunto C-32/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 2 de julio de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante y núm. 1 de Marca Comunitaria (España) – Fundación Española para la Innovación de la Artesanía (FEIA)/Cul de Sac Espacio Creativo S.L., Acierta Product & Position SA. Reglamento (CE) núm. 6/2002 – Dibujos o modelos comunitarios – Artículos 14 y 88 – Titular del derecho al dibujo o modelo comunitario – Dibujo o modelo no registrado – Dibujo o modelo realizado por encargo. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
204. **Asunto C-302/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 2 de julio de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Finanzgericht München (Alemania) – Zino Davidoff SA/Bundesfinanzdirektion Südost. Marcas – Registro internacional – Protocolo concerniente al Arreglo de Madrid – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 146 – Identidad de efectos en la Comunidad de un registro internacional y de una marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 1383/2003 – Artículo 5, apartado 4 – Mercancías sospechosas de violar una marca – Intervención de las autoridades aduaneras – Titular de una marca comunitaria – Derecho a obtener la intervención también en Estados miembros distintos del de la solicitud de intervención – Extensión al titular de un registro internacional. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
205. **Asunto T-230/07: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2009 – Laboratorios del Dr. Esteve/OAMI – Ester C (ESTER-E).** Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria denominativa ESTER-E – Marca comunitaria figurativa anterior ESTEVE – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
206. **Asunto T-28/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2009 – Mars/OAMI – Ludwig Schokolade (Forma de una barra de chocolate).** Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca tridimensional comunitaria – Forma de una barra de chocolate – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Falta de carácter distintivo adquirido como consecuencia del uso – Artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 3, del Reglamento núm. 207/2009 – Derecho a ser oído – Artículos 73 y 74 del Reglamento núm. 40/94, actualmente artículos 75 y 76 del Reglamento núm. 207/2009. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.

207. **Asunto T-71/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2009 – Promat/OAMI – Proxima Comercial (PROSIMA PROSIMA COMERCIAL S.A.). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca comunitaria figurativa PROSIMA PROSIMA COMERCIAL S.A. – Marca nacional denominativa anterior PROMINA – Motivo de denegación relativo – Riesgo de confusión – Inexistencia de similitud de los productos – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.**
208. **Asunto T-225/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2009 – Mineralbrunnen Rhön-Sprudel Egon Schindel/OAMI – Schwarzbräu (ALASKA). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa ALASKA – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.**
209. **Asunto T-226/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2009 – Mineralbrunnen Rhön-Sprudel Egon Schindel/OAMI – Schwarzbräu (ALASKA). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Marca comunitaria figurativa Alaska – Motivo de denegación absoluto – Falta de carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente, artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009). DOUE, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.**
210. **Asunto T-240/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2009 – Procter & Gamble/OAMI – Laboratorios Alcalá Farma (oli). Marca comunitaria – Procedimiento de oposición – Solicitud de marca gráfica comunitaria oli – Marcas denominativas comunitarias anteriores OLAY – Motivo de denegación relativo – Inexistencia de riesgo de confusión – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 207/2009). DOUE, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.**
211. **Asunto T-257/08: Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 9 de julio de 2009 – Biotronik/OAMI (BioMonitor). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa BioMonitor – Motivo de denegación absoluto – Carácter descriptivo – Artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra c), del Reglamento (CE) núm. 207/2009. DOUE, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.**
212. **Asunto T-285/08: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 30 de junio de 2009 – Securvita/OAMI (Natur-Aktien-Index). Marca comunitaria – Solicitud de marca comunitaria denominativa Natur-Aktien-Index – Motivo de denegación absoluto – Falta**

- de carácter distintivo – Artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 7, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 2007/2009 – Solicitud de modificación – Inadmisibilidad manifiesta. *DOUE*, C, núm. 205, de 29 de agosto de 2009.
213. Asuntos acumulados C-202/08 P y C-208/08 P: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 16 de julio de 2009 – American Clothing Associates SA/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casación – Propiedad intelectual – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Marca comunitaria – Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial – Motivos de denegación absolutos del registro de una marca – Marcas de fábrica o de comercio idénticas o similares a un emblema de Estado – Representación de una hoja de arce – Aplicabilidad a las marcas de servicio. *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.
214. Asunto C-565/07 P: Auto del Tribunal de Justicia de 19 de mayo de 2009 – AMS Advanced Medical Services GmbH/Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), American Medical Systems, Inc. Recurso de casación – Marca comunitaria – Marca figurativa AMS Advanced Medical Services – Denegación parcial de registro – Procedimiento de oposición – Recurso de casación que ha quedado sin objeto – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.
215. Asunto C-136/08 P: Auto del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 2009 – Japan Tobacco, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Torrefacção Camelo Ld.<sup>a</sup> Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 5 – Perjuicio causado al carácter distintivo de la marca anterior – Aprovechamiento indebido del carácter distintivo o de la notoriedad de la marca anterior – Riesgo – Solicitud de registro como marca comunitaria del signo figurativo «CAMELO» – Oposición del titular de las marcas nacionales denominativas y figurativas CAMEL. *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.
216. Asunto C-300/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 11 de junio de 2009 – Leche Celta, S.L./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos), Celia S.A. Recurso de casación – Marca comunitaria – Reglamento (CE) núm. 40/94 – Artículo 8, apartado 1, letra b) – Marca mixta, denominativa y gráfica, Celia – Motivos de denegación relativos de registro – Semejanza de la marca cuyo registro se solicita con una marca anterior – Marca que designa productos idénticos – Riesgo de confusión – Recurso de casación manifiestamente inadmisibile. *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.
217. Asunto C-394/08 P: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 3 de junio de 2009 – Zipcar, Inc./Oficina de Armonización del Mercado Interior (Marcas, Dibujos y Modelos). Recurso de casa-

- ción – Marca comunitaria – Artículo 8, apartado 1, letra b), del Reglamento (CE) núm. 40/94 – Marca denominativa ZIPCAR – Oposición del titular de la marca denominativa nacional CICAR. *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.
218. Asunto T-504/08: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 8 de julio de 2009 – Mologen/OAMI (dSLIM). Marca comunitaria – Denegación parcial del registro – Retirada de la solicitud de registro – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.
219. Asunto T-159/08: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 10 de junio de 2009 – Procter & Gamble/OAMI – Bayer (LIVENSA). Marca comunitaria – Oposición – Retirada de la oposición – Sobreseimiento. *DOUE*, C, núm. 233, de 26 de septiembre de 2009.
220. Asunto T-300/08: Auto del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 2009 – Hoo Hing/OAMI – Tresplain Investments (Golden Elephant Brand). Marca comunitaria – Procedimiento de nulidad – Artículo 63, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 40/94, actualmente artículo 65, apartado 4, del Reglamento (CE) núm. 207/2009 – Acto que estima en su totalidad las pretensiones de la demandante – Inadmisibilidad. *DOUE*, C, núm. 233, de 26 de septiembre de 2009.

#### PROPIEDAD INTELECTUAL

221. Asunto C-240/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 20 de enero de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof – (Alemania) – Sony Music Entertainment (Germany) GmbH/Falcon Neue Medien Vertrieb GmbH. Derechos afines al derecho de autor – Derechos de los productores de fonogramas – Derecho de reproducción – Derecho de distribución – Plazo de protección – Directiva 2006/116/CE – Derechos de los nacionales de terceros países. *DOUE*, C, núm. 69, de 21 de marzo de 2009.
222. Asunto C-5/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Højesteret (Dinamarca) – Infopaq International A/S/ Danske Dagblades Forening. Derechos de autor – Sociedad de la información – Directiva 2001/29/CE – Artículos 2 y 5 – Obras literarias y artísticas – Concepto de «reproducción» – Reproducción «parcial» – Reproducción de extractos breves de obras literarias – Artículos de prensa – Reproducción provisional y transitoria – Procedimiento técnico que consiste en el escaneado, la conversión en archivo de texto, el almacenamiento y posterior impresión de artículos de prensa. *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.
223. Asunto C-483/07 P: Auto del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 2009 – Galileo Lebensmittel GmbH & Co KG/Comisión de las Comunidades Europeas. Recurso de casación – Recurso de anulación – Reserva por la Comisión del dominio «galileo.eu» – Artícu-

lo 230 CE, párrafo cuarto – Decisión que afecta individualmente a una persona física o jurídica – Recurso manifiestamente infundado. *DOUE*, C, núm. 220, de 12 de septiembre de 2009.

#### PROTECCIÓN DE DATOS

224. **Asunto C-545/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta), de 5 de marzo de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Sofiyski Gradski sad (Bulgaria) – Apis-Hristovich EOOD/Lakorda AD. Directiva 96/9/CE – Protección jurídica de las bases de datos – Derecho sui generis – Obtención, verificación o presentación del contenido de una base de datos – Extracción – Parte sustancial del contenido de una base de datos – Base electrónica de datos jurídicos oficiales. *DOUE*, C, núm. 102, de 5 de mayo de 2009.

#### RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL

225. **Asunto C-417/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 18 de junio de 2009** – Comisión de las Comunidades Europeas/ Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. Incumplimiento de Estado – Directiva 2004/35/CE – Responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales – No adaptación del Derecho interno. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.
226. **Asunto C-422/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 18 de junio de 2009** – Comisión de las Comunidades Europeas/República de Austria. 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. 180, de 1 de agosto de 2009.

#### SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

226. **Asunto C-557/07: Auto del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 19 de febrero de 2009.** Petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) – LSG-Gesellschaft zur Wahrnehmung von Leistungsschutzrechten GmbH/Tele2 Telecommunication GmbH (Artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento – Sociedad de la información – Derechos de autor y derechos afines – Conservación y divulgación de determinados datos relativos al tráfico – Protección de la confidencialidad de las comunicaciones electrónicas – Concepto de «intermediario» en el sentido del artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2001/29/CE. *DOUE*, C, núm. 113, de 16 de mayo de 2009.

#### SOCIEDADES

227. **Asunto C-493/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 23 de abril de 2009** – Comisión de las Comunidades Europeas/ República Helénica. Incumplimiento de Estado – Directiva

- 2005/56/CE – Fusiones transfronterizas de las sociedades de capital – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 141, de 20 de junio de 2009.**
228. **Asunto C-313/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Octava) de 19 de mayo de 2009 – Comisión de las Comunidades Europeas/ República Italiana. Incumplimiento de Estado – Directiva 2003/58/CE – Derecho de sociedades – Actos e indicaciones sujetos a publicidad – Cartas y hojas de pedido – Sanciones – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.**
229. **Asunto C-555/08: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Séptima) de 4 de junio de 2009 – Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Suecia. Incumplimiento de Estado – Directiva 2005/56/CE – Fusiones transfronterizas de sociedades de capital – No adaptación del Derecho interno dentro del plazo señalado. *DOUE*, C, núm. 180, de 1 de agosto de 2009.**

#### TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

230. **Asunto C-553/07: Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 7 de mayo de 2009. Petición de decisión prejudicial planteada por el Raad van State (Países Bajos) – College van burgemeester en wethouders van Rotterdam/E.E. Rijkeboer. Protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales – Directiva 95/46/CE – Protección de la intimidad – Supresión de los datos – Derecho de acceso a los datos y a la información sobre los destinatarios de los datos – Plazo para ejercer el derecho de acceso. *DOUE*, C, núm. 153, de 4 de julio de 2009.**

# BIBLIOGRAFÍA

## Libros

**ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen:** *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y extranjera*, ed. Thomson Civitas, 2009, 333 pp.

### I

La contratación en masa es signo de renovación. Este fenómeno moderno concita la reflexión de la doctrina, la revisión de los códigos existentes, las experiencias legislativas y jurisprudenciales en todos los países, las implicaciones procesales en la legitimación y acciones colectivas, pero en particular abre un nuevo panorama del control del contenido, la finalidad y los límites de las condiciones generales del contrato imprecisas y abusivas.

En términos generales la defensa del mercado y la defensa del contrato son el reverso de la libre iniciativa económica. En efecto el contrato agiliza el mercado y la expansión ilimitada arriesga perjuicios a los más débiles. Por eso sus correlatos son el límite del ejercicio de la libre actividad de empresa y de la libertad contractual. El punto de referencia se centra en la protección del contratante débil.

El control de los contratos de adhesión se ha desarrollado en los últimos años conducido por la necesaria y sentida protección del consumidor. Desde esa óptica se presentan como titulares de intereses contrapuestos los prefijados en cláusulas o condiciones predisuestas unilateralmente por una empresa que oferta productos o servicios y el resultado pretendido por el contratante débil. La consecuencia en el plano normativo es que la contratación estándar encuentra en el control un muro de contención dirigido no solamente a reforzar la posición del débil sino al interés general de la imparcialidad en justicia.

La tendencia a adaptar a los contratos celebrados entre empresarios *comerciantes* las mismas reglas que disciplinan la defensa de los consumidores (*consumer interests*) frente a cláusulas limitativas ha venido siendo hasta ahora la orientación prevalente.

El profesor Klaus Jochen Dohrmann discrepa en este libro de dichas orientaciones de igual trato, y se inclina por la incorporación a todo contrato de adhesión de una cláusula general de buena fe objetiva, es decir, con independencia de la cualidad de los contratantes. Desde una perspectiva diferente a la defensa de los consumidores se ocupa este libro de las técnicas legislativas y jurisprudenciales sobre el control de la inclusión de cláusulas y contenido de los contratos entre empresarios.

El núcleo central de la materia abarcada en este estudio gira en torno a las condiciones generales de la contratación y aborda el problema de la «moder-

nización» del Derecho de obligaciones en los principales países europeos, que el autor califica de «tema apasionante».

Efectivamente, el profesor Klaus Jochen sabe que se enfrenta con una materia llena de cuestiones candentes y de gran actualidad, cuyo mero enunciado ya inquieta por todo el arrastre que lleva aneja la etiqueta de protección o sistemas de control, ya sea material o formal, de tipo judicial o administrativo (*asociación de consumidores*). Pero se siente atraído por la actualidad de un tema en el que se refleja la expansión de categorías de Derecho civil.

Es poco frecuente que el propio autor sea quien califique de apasionante el contenido de la obra que publica, pero en este caso se explica tanto por la índole de la materia tratada «siempre sugerente en el campo del Derecho privado» como por el tirón que supone para un civilista sortear las cuantiosas dificultades que comporta la recepción y adaptación de modelos extranjeros en otro ámbito de aplicación. No deja de ser mérito considerable meterse en un tema tan «apasionante» como complicado y salir airoso del empeño obteniendo como fruto de su estudio nuevas y sugerentes aportaciones. Nada menos que diseñar una propuesta alternativa a nuestra regulación actual.

Un amplio sector de la doctrina ha dedicado un esfuerzo considerable a la reflexión del control de los contratos de adhesión con empleo de las luces y sombras del análisis económico y la incorporación de la teoría económica a la empresa y al mercado. Esfuerzo este de indudable utilidad en las valoraciones de textos legales y cláusulas adaptadas o inadaptadas a las exigencias de la vida económica y social, compatibles unas y otras no con la normativa comunitaria. El autor de este libro, sin excluir esos encomiables destellos, atiende principalmente al cuadro legislativo y a los modelos jurisprudenciales de interpretación, que no son impermeables a su reflejo. Es suficiente pensar en las Directivas del crédito al consumo con sus garantías para convencerse de la importancia actual.

Las condiciones generales elaboradas *ad hoc* en los contratos relativos a diversos sectores económicos, de informática, de seguros, bancarios, transporte de ejercicio duradero y reiterado se resisten a una consideración homogénea, mas no por eso deja de ser útil profundizar en las reglas y directrices generales, como reequilibrar la relación negocial, asegurar la conformidad de la contratación con los principios generales del ordenamiento jurídico en las previsiones de riesgos, y en general facilitar la información y discusión del contrato en la transmisión y gestión de empresa. El lector podrá reconocer que el presente estudio monográfico engloba la problemática general inherente a los contratos de adhesión.

Sin merma del interés de carácter general el enfoque del trabajo es novedoso al conducir el estudio por una vía distinta de la actualmente dominante en la que prevalece la consideración al grupo de consumidores. La razón de semejanza basada en el manejo de armas desiguales justifica la necesidad de no privar de adecuadas medidas de defensa al empresario contratante más débil que resulte atrapado en las cláusulas abusivas del contrato celebrado con otra empresa económicamente mas fuerte.

Si bien es cierto que la bandera enarbolada por la modernidad de la protección de los consumidores está asumida por todos sobre la base de un derecho fundamental que en hipótesis contrasta con la del empresario. Este más bien interviene en la litis con el adherente como el protagonista fuerte con intereses contrapuestos al débil.

En otra línea sitúa Jochen la protección especial de un contratante empresario frente al predisponente fuerte. Protección que difiere del sector del con-



sumo más cerca de la libertad de concurrencia en el mercado. Es explicable que no coincidan en uno y otro caso las reglas de derecho, ni las técnicas de control o las medidas de defensa en la contratación.

El profesor Albiez Dohrmann, a resultas de la investigación aplicada a las perspectivas de nuestro Derecho confirma que nuestro sistema en este campo no sólo es incongruente sino que está lleno de contradicciones.

Llega a esa conclusión a partir de un minucioso estudio comparativo entre modelos seleccionados y experiencias nacionales en el marco europeo. «El sistema será incompleto mientras no se haya articulado una verdadera cláusula general de buena fe» (p. 222). Es consciente el autor, y así nos lo advierte, de que el principal problema radica en que el presupuesto básico de determinar con precisión qué se entiende por buena fe no es pacífico a nivel comunitario y de los países comunitarios ¿cuál es, pues, la esencia de la protección? ¿en qué medida puede hablarse de una cláusula general sin este común entendimiento?

Tanto por el panorama comparativo del control judicial y las técnicas de intervención legislativa en los ordenamientos jurídicos europeos como por su desarrollo podrá advertirse en la lectura de este trabajo un campo atrayente que conduce a resultados prácticos. El estudio de las condiciones generales y las cláusulas contrarias a la buena fe ocupan naturalmente el mayor espacio.

Ese bosquejo en torno al cuadro legislativo confirma que la cláusula general de buena fe alcanza la verdadera comprensión en las relaciones entre el dinamismo del mercado y la realización del Derecho. Tales son las dos caras o planos que deben observarse para su encuentro. Y no es otro el lugar de encuentro entre el fin pretendido por el contratante predisponente con el previsto objetivamente, con o sin discusión, por el adherente. No hay buena fe cuando se sale del derecho y por la desproporción o desequilibrio en las prestaciones de forma irreconciliable la cláusula rechazada puede calificarse de excesiva. En tal caso también se sale del contrato.

El libro ofrece una fuente de información básica sobre la regulación de la materia y de las opiniones más autorizadas tanto en nuestro derecho como en derecho comparado, que maneja con soltura. Se ocupa con especial interés de la recepción de la normativa comunitaria y los proyectos de directivas en los países de la Unión sobre el control de cláusulas concertadas. Con apreciable esfuerzo recoge y sistematiza los textos normativos y las convenciones internacionales más relevantes, con las opiniones de la doctrina y la jurisprudencia española (escasa) y extranjera sobre casos concretos en que los litigantes son profesionales empresarios, ordenadas de manera sencilla y completa, por orden sistemático y cronológico.

Ocasionalmente, la monografía forma parte de un amplio programa de trabajo que el autor anuncia proseguir en ulteriores publicaciones sobre condiciones generales de la contratación.

Por razones personales tendría que comenzar la reseña con la razonable excusa de amistad manifiesta con el autor. Efectivamente, la lectura del libro evoca etapas de su brillante historia académica que desde sus orígenes he podido seguir de cerca. Las opciones por las que se decanta reflejan el conocimiento directo del Derecho alemán, que conoce a fondo y sigue sus pasos desde el inicio de su actividad investigadora con frecuente empleo a lo largo de su trayectoria jurídica. Precisamente el desarrollo de la obra en comentario se ha enriquecido conversando con grandes maestros europeístas a quienes agradece en la presentación su apoyo y amistad. Entre otros destacados juristas figuran el profesor Harm Peter Westermann, que ha sido uno de los

redactores de la reforma alemana sobre el derecho de obligaciones, junto con Medicus y Canaris. Ha podido decirse de la enseñanza universitaria «a la alemana» que allí un profesor se presta a trabajar al lado de otro, y el profesor Klaus Jochen Albiez, actualmente catedrático de Derecho civil en la Universidad de Granada, siempre ha preferido no trabajar aislado. En esta línea de colaboración académica ha impartido clases en diversas Universidades alemanas. El talante alemán de «ir paso a paso» (son palabras suyas tomadas del libro), y la plasticidad en el lenguaje al uso del entorno granadino, ambos factores que adornan la personalidad del autor, animan y amenizan la lectura para darnos a entender suficientemente lo analizado en este meditado y profundo estudio monográfico.

Bastaría la síntesis precedente para poner de relieve el sugerente trabajo desde una perspectiva que presenta indudable interés en el aspecto doctrinal y práctico. Ello no obsta para exponer brevemente el hilo conductor en torno al cual gira la obra.

## II

La composición del libro se reparte en tres capítulos. Cada uno de ellos con los correspondientes subcapítulos.

Dedica el primer capítulo a exponer el estado actual de la cuestión, con el detalle de la diversidad de las reglas vigentes en determinados ordenamientos jurídicos que regulan las condiciones generales de los contratos entre empresarios con la específica finalidad de rechazar las cláusulas contrarias a la buena fe, y en general los trabajos de modernización en los sistemas jurídicos de los países europeos (pp. 17 a 115).

El segundo capítulo se dedica a la perspectiva española. Subraya el «fracaso» del marco jurídico en el control de las condiciones generales entre empresarios. Nuestro legislador, nos dice, no ha sabido, o no ha querido, dar una respuesta satisfactoria a la protección de los empresarios frente a condiciones generales con cláusulas incorporadas al contrato que son contrarias a la buena fe (pp. 118 a 219). *Prima facie* la cuestión suscita la pregunta ¿qué puede o qué debe hacer un legislador que responda a su misión en el largo recorrido de la libre actividad de empresa? Precisamente dar respuesta es el más acuciante objetivo del libro, el cual nos permite conocer a fondo las ventajas y los inconvenientes de otros modelos de protección de los empresarios más allá de las normas y orientaciones consolidadas en la tradición jurídica.

Tal enfoque proporciona, en efecto, una amplia perspectiva para valorar en conjunto nuestro sistema. Se sirve como «punto de partida» para una valoración crítica del marco legal que arroja el resultado de «incompleto» el que se desprende de la Ley 7/1998, de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, y las sucesivas modificaciones.

Finaliza el capítulo tercero (pp. 221 a 308) aconsejando la «necesaria revisión» del sistema de control material de las condiciones generales de contratos entre empresarios en nuestro Derecho.

En la estructura conjunta del libro se advierte la impecable argumentación lógica donde cada uno de los capítulos presupone y es consecuencia inmediata del precedente. En el orden de la exposición destacan como puntos principales el *status quaestionis* en los diferentes sistemas nacionales, en los que se pone de manifiesto la actual diversidad, y el elenco de instrumentos básicos con mayor empleo en la praxis sobre control de los contratos entre empresarios.

Como colofón de ese análisis entra de lleno en la reflexión sobre la reforma de nuestro sistema con la ya indicada propuesta de la cláusula general de buena fe. Cláusula que por corresponder a un principio básico amplía y a su vez simplifica los modelos que ya se han hecho eco de esa misma orientación.

### III

Debido a la importancia práctica el autor se muestra partidario de armonizar los sistemas de control existentes en los singulares ordenamientos jurídicos. En el contexto actual la transformación de la empresa, la diferencia del derecho de contratos y obligaciones respecto del pasado y la eficiencia del mercado impulsan el proceso de europeización con desigual acogida en los ordenamientos jurídicos nacionales. En cada uno de ellos pese a la pluralidad de modelos, de leyes especiales, la propia «descodificación», reciben del influjo comunitario propuestas unificadoras de las que nos podemos servir por el mismo intento de tutelar eficazmente al contratante más débil.

Con estudio pormenorizado de las cláusulas se analizan en el libro las recientes reformas legislativas, los textos sobre la aplicación, integración e interpretación, a la luz de la autonomía privada y la orientación jurisprudencial que confirman el interés de la deseable revisión e incorporación de la cláusula de buena fe formalizada como cláusula general.

En particular pueden destacarse tres principales puntos de referencia como guía orientadora del plan expositivo. Puntos en que el autor se detiene porque aclaran el fundamento del recurso a técnicas de defensa en la contratación entre empresarios del contratante más débil. Se concretan en la libertad contractual y de contratar, en la fuerza vinculante del contrato y en los principios informadores de alcance metajurídico.

Respecto a la libertad contractual y de contratar subraya el profesor Albiez el poder jurídico de autodeterminación y de configuración con sus limitaciones. El ejercicio de tal poder, que se proyecta en el ámbito empresarial, será un arma de conflicto si a partir de una posición ventajosa unos empresarios predisponen cláusulas en perjuicio de otros que carentes de la misma posición configuradora se limitan a aceptar sin conocimiento suficiente los pactos predispuestos. El abuso económico se manifiesta en el desequilibrio de la prestación característica del contrato con cláusulas predispuestas que determinan una situación no equitativa de la posición de las partes en la relación contractual. En el área de las limitaciones ubica el autor la función propia de las condiciones generales de la contratación, que diferencia de las propiamente dichas cláusulas abusivas.

El ya referido análisis comparativo traza la línea de avances y fracasos y ofrece opciones atendibles de *iure condendo* ¿cómo debe ser una verdadera ley de condiciones generales?

En el siglo precedente (decenio 1997-1998) los ordenamientos europeos introdujeron reformas en el control de los contratos de adhesión. Sirven de ejemplo el *AGB-Gesetz* alemán de 1976, *sobre protección del consumidor, que entró en vigor el 1 de abril 1977 con un período de vigencia relativamente breve, con las dificultades de delimitación conceptual y carácter normativo, la toma de conciencia con el peligro de perder la protección de la ley sobre las condiciones generales del contrato*, la revisión del BGB de 1900, la Ley francesa de 1978, l'avant-projet de reforma del Code Napoléon, los

diversos estatutos ingleses (1973, 1977, 1979, 1986), la ley española de 1984, la portuguesa de 1985 que se dirigen a adecuar el sistema a instituciones comunitarias. El influjo comunitario en el intento de tutelar eficazmente al débil frente al fuerte ha propuesto en sucesivas Directivas adecuar la reforma normativa con la recomendación de «legislar mejor», *el arte de configurar modelos*. El autor muestra sus preferencias por el modelo alemán que sirve de catalizador de posibles y razonables soluciones inspiradas en la cláusula general de buena fe. La *AGB-Gesetz* de 1976 dejó fuera del Código las normas *sobre el control del contenido* que han sido insertadas (*cláusulas ineficaces por sí y un elenco de cláusulas sospechosas, lista negra, con claro abuso que han de valorarse por el juez en el caso concreto con la distinción entre consumidores y comerciantes*) –formulado en términos negativos «*las cláusulas de las condiciones generales del contrato son ineficaces si **desventajan desproporcionadamente** a la contraparte del utilizador en contraste con los dictados de la buena fe*»– después en la *Modernisierung*. Esta eleva a mandato legal la obligación de transparencia. La investigación jurídica en Europa, nos dice, al menos cuando se trata de grandes temas, tiene que acercarse, más que nunca, al Derecho comparado a nivel europeo, así como a los proyectos que están intentando buscar en el futuro una mayor unificación jurídica europea. En esta línea destaca dos temas de unificación del Derecho comunitario y de aplicación, interpretación e integración. La interpretación de reglas de Derecho privado efectuada en relación a normas contenidas en una Directiva es un paso previo a la unificación de los derechos nacionales. *El conocimiento de la lengua, la falta de una comprensible comunicación en el reenvío a condiciones generales, el error a contratos a distancia en la cláusula de elección del foro o de la ley aplicable, problemas mal planteados y peor resueltos.*

*Dos aspectos, control de la inclusión y control del contenido.* En íntima relación con el *vinculum iuris* o fuerza de ley acude como fundamento de la protección a la justicia contractual. En este orden el título de la monografía ha de provocar reacciones diversas ¿por qué una especial forma de control o protección en estos contratos entre expertos? En el fondo, son muchos interrogantes los que concitan la atención y por su peso merecen respuesta: ¿hay que proteger a todos los empresarios adherentes? ¿de qué? ¿a quiénes? ¿en qué medida? ¿por qué medios y con qué acciones? ¿frente a qué cláusulas abusivas? ¿en los contratos *entre particulares internacionales con cláusula de reenvío a la aplicabilidad de las condiciones generales de la empresa alemana, Derecho alemán, recurrir a un control del contenido directo o indirecto*? Cuestiones hasta aquí más sentidas que analizadas, problemas interesantes en la praxis en el ámbito del comercio ¿el comportamiento de una parte puede ser considerado por la otra parte como declaración negociada? y, desde luego, este es el primer estudio monográfico completo sobre la materia.

A primera vista puede parecer que a un empresario no le hace ninguna falta una protección específica ¿por qué proteger al empresario que en un contrato negociado sabe, acepta y se ha comprometido a seguir unas condiciones generales? La protección que la ley dispensa al consumidor se explica fácilmente, porque es el débil respecto a la contraparte, el empresario que por mejor informado resulta ser el fuerte. Mientras que si un empresario conoce y acepta al contratar con otro las condiciones generales y cláusulas establecidas acepta también los riesgos, ventajas y desventajas (*sibi imputet*). Ya dispone el empresario diligente de medios o información suficientes para valo-

rar las consecuencias del contrato ¡para eso está el respeto a las condiciones generales!

Entre los vericuetos de las fuentes normativas se van colocando señales del camino a seguir. Basta seguir en la ruta el predominio de normas imperativas o dispositivas reguladoras del contrato. Las normas dispositivas comprimen el arbitrio judicial por el respeto al pacto, por lo tanto en principio se favorece con ellas la conclusión del contrato en los términos del otorgamiento predispuesto. A su vez las imperativas, al ser cogentes, frenan el margen de la autonomía o iniciativa económica mientras que amplían el arbitrio judicial.

En el plano de la eficacia de las condiciones generales, las cláusulas se distinguen por la ilicitud (cláusulas ilícitas), o por el abuso (las cláusulas abusivas), aunque pueden concurrir. Ilícita y abusiva, por ejemplo, será la renuncia a la acción de dolo, mientras que en caso de culpa esta renuncia puede ser abusiva pero no necesariamente ilícita. En esta línea, las ventajas y los inconvenientes que se siguen de un sistema cerrado de lista de cláusulas y condiciones tipo en el ámbito comunitario se ha detenido. Para el autor merece el calificativo de «la fracasada propuesta».

Especialmente en el ámbito interpretativo figura la repetida cuestión acerca de las ventajas o inconvenientes de diferenciar los contratos negociados de los no negociados. En los contratos negociados la formación, conclusión, responsabilidad, contenido son conocidos *per relationem* ¿no se reduce entonces el problema a aplicar las normas tradicionales del Derecho privado? ¿no son suficientes reglas generales de la contratación con los límites de la autonomía privada? Con la incorporación de la cláusula general de buena fe pierde interés la distinción del diverso grado de tutela jurídica entre negociados y no negociados, se extiende al contrato en sí, a todo contrato.

Finalmente, como resultado de lo dicho, la contratación entre empresarios respecto a las cláusulas abusivas suscita numerosos problemas de *iure condendo*. Entre tantos otros ¿dónde incorporar dichas cláusulas? ¿colocarlas en los códigos? ¿en cuerpos fronterizos al Código? ¿en el Derecho de consumo? ¿dejarlo en manos de las reglas generales de los contratos? ¿relegar al buen funcionamiento del mercado la solución de todo problema? ¿basta una protección de contenido mínimo?. En los sistemas codificados se agudiza todavía más la cuestión acerca de cómo codificar las reglas sin quedar encapsuladas en el texto legal en un momento histórico. En efecto, la alternativa entre la incorporación de nuevas normas en el Código civil es origen de una «descodificación interna», pero si proliferan leyes especiales fuera del Código se produce una descodificación formal, con los problemas de coordinación entre las viejas normas y las nuevas. De aquí la oportunidad de una acertada política legislativa que no sea improvisado envoltorio de una situación circunstancial. El abandono de un Código Civil Europeo que armonice el derecho contractual de los Estados miembros ha lanzado, nos dice Jochen, a la Comisión a los brazos de algo que no está aún definido totalmente.

En el desarrollo del libro analiza el autor con mayores detalles los pormenores de cada una de estas posibles soluciones que, a su juicio, aisladamente resultan incompletas. En líneas generales se ha abierto camino a la protección del empresario frente a las cláusulas abusivas por la ruta de la legislación especial de consumidores y usuarios, pero el autor llega a la convicción de que esta vía no es camino seguro y propone la revisión desde otra perspectiva a la regulación actual.

## IV

Particular interés ofrece el análisis crítico de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación. Incluye la exégesis de la ley en el subcapítulo segundo con el título «Respuestas inadecuadas en el control material». En realidad este punto de partida es el verdadero *quid juris* que clama a lo largo de la obra. El autor se vuelca en ofrecer una valoración crítica.

Es natural que este sea el centro nuclear porque allí confluyen la manera de entender la categoría de contrato, seguir el modelo sentado por los clásicos o diseñar uno nuevo incorporando a la autonomía privada y la libertad configurada con los «factores extrajurídicos». El autor se inclina por este último concepto. Dichos factores extrajurídicos se localizan en cada una de las fases de la contratación, en la existencia del contrato, en los elementos esenciales, los actos ejecutivos de las obligaciones, los determinados efectos en su alteración con la intervención de la ley o del juez. Ciertamente que no se puede considerar hoy la regulación del contrato como se deduce del Código civil, que recibió en su tiempo el elogio de «fruto maduro» de la Ciencia jurídica. Pero sigue siendo el contrato la fuente más general de las obligaciones.

A fin de cuentas las condiciones generales están en la contratación, su aplicación refuerza la vida del contrato ya existente, resaltan en la relación contractual derivada *entre* profesionales, y cobran sentido *en el contexto* del tráfico jurídico con todas las variantes de la contratación adhesiva. De manera que entre los polos de la libertad contractual y la intervención, legislativa, administrativa o judicial se valora el alcance de las cláusulas excesivas. En el contrato de adhesión las condiciones sustraídas a discusión aceptadas en su perjuicio por una de las partes que la otra ha predisposto unilateralmente entran de lleno en los factores extrajurídicos.

Retomando las opciones que se pueden sacar a la luz de una concepción moderna de contrato, dentro de la unidad de estructura y finalidad institucional de manera que no se reduzca a «mero instrumento para el intercambio», figuran la de diseñar unas cláusulas tipo, que paralizan o moderan el abuso en el lado negativo de mínimos, o una cláusula general de buena fe.

La propuesta del Parlamento Europeo es fiel a la opción de cláusulas tipo, con base en las ventajas de uniformidad pero este criterio tiene los inconvenientes de la revisión por actualización constante que queda a merced del avance de la técnica. Una cláusula general de buena fe ofrece entre las ventajas positivas la adaptación a las circunstancias cambiantes sin necesidad de modificar la realidad del contrato. Este permanece de modo estable ya sea negociado o no individualmente, bien sea otorgado con consumidores o entre empresarios. De manera que el llamado poder configurador de la autonomía y el poder legislativo se complementan y no se interfieren sus razones, ni se confunde la «fuerza de ley del contrato», en sentido clásico, con una verdadera ley de condiciones generales.

Esta perspectiva de introducir la buena fe como elemento principal y criterio permanente en los contratos entre empresarios en todo caso permite resolver la separación entre condiciones generales y cláusulas abusivas, pudiera decirse por elevación. La cláusula general de buena fe asciende a la cima del contrato como alta medida de justicia contractual, no sólo en la protección de los consumidores donde ya figura como cláusula general.

No puede olvidarse que en el BGB con la recodificación del Derecho de obligaciones existe una Parte general que contiene la definición precisa de los conceptos y las célebres cláusulas generales que facilita la incorporación de la cláusula general de buena fe con la perennidad que recoge el pensamiento jurídico del país. De allí como modelo a imitar ha ido a parar en el Derecho portugués y se tienen en cuenta en la reforma italiana. En nuestro derecho supone una «mirada hacia delante», por la ventana abierta desde que la reforma del Título preliminar introdujo reglas que no dejan de ser cláusulas generales.

Como valoración conjunta de este libro el hecho de dejar constancia de que la regulación puede ser de otra manera ya implica de por sí una llamada a la voluntad legislativa para diseñar el contenido normativo específico, y suministra una tarea propia de juristas a quienes incentiva y convoca a un atractivo espacio de colaboración. No es un problema aislado la defensa del débil por el Derecho. La línea del razonamiento seguido a lo largo de la exposición es concluyente y procura guiar al lector explicitando los conceptos que maneja. Ejemplo expresivo se encuentra en las preguntas qué se entiende por una cláusula abusiva, qué supuestos pueden comprenderse, qué tipos de control o intervención (pp. 231 ss).

Su preocupación por el respeto y cotejo de otras opiniones consta en la abundancia de citas (en 308 páginas figuran 524 citas), a las que se añade un índice bibliográfico con más de 30 páginas.

José Antonio DORAL GARCÍA

**LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: *Legislación urbanística e inscripción registral a través de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado*, ed. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009, 283 pp.**

1. La obra del profesor López Fernández objeto de esta recensión constituye una excelente sistematización de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre inscripciones de obras nuevas y actos de naturaleza urbanística. Las citadas resoluciones, agrupadas por materias, se exponen mediante un resumen de sus antecedentes de hecho y de su motivación jurídica. Asimismo, como señala el propio autor, en los capítulos seguidos con el sufijo «bis» se realiza una exposición de determinadas cuestiones doctrinales relacionadas directamente con las materias de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que son analizadas en el libro.

Se trata de una obra de carácter eminentemente práctico y aunque el objetivo perseguido por el autor era muy ambicioso, los resultados son, sin duda, sobresalientes. Esta monografía no sólo facilita el conocimiento de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sino que permite descubrir diversas contradicciones en la evolución de la doctrina de este órgano directivo. Muchas de las cuestiones abordadas en esta obra son complejas y muy técnicas. Sin embargo, el dominio de la materia por el profesor López Fernández queda una vez más acreditado en esta monografía al realizar una magnífica selección de las resoluciones de la Dirección General de

los Registros y del Notariado y un análisis agudo y preciso de cada una de ellas. Todo lo anterior, unido a la claridad de ideas del autor, permite afirmar que estamos ante una obra, pese a lo complejo de la temática, cuya lectura es sencilla, sin que esto signifique ausencia del rigor científico que debe caracterizar este tipo de trabajos.

2. En el *capítulo I* que lleva por título *Inscripción de las obras nuevas y sus modificaciones*, el autor analiza en primer lugar las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado referentes a los requisitos urbanísticos generales (escritura pública de obra nueva; acreditación de la licencia de obras; certificación del técnico; y obras realizadas en la zona de protección y la necesidad de contar con una autorización autonómica). En segundo lugar, examina las resoluciones del citado órgano directivo que se ocupan de la modificación de la declaración de obra nueva mediante el otorgamiento o modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal (incremento de plantas respecto de las previamente inscritas; incremento del número de elementos independientes sin incrementar el número de plantas; e interpretación extensiva de la legislación autonómica que impone licencia para la división horizontal). A continuación, se ocupa de las resoluciones relativas al cambio de uso del inmueble. El autor dedica el cuarto apartado de este capítulo primero al análisis del régimen transitorio tanto de las edificaciones existentes a la entrada en vigor de la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, como de las edificaciones constitutivas de infracción prescrita (aplicación del Derecho transitorio de la Ley 8/1990; aplicación de las leyes autonómicas y las obras anteriores a su promulgación; acreditación de la antigüedad de la obra). El quinto apartado se ocupa del análisis de las resoluciones de la Dirección General referentes a la aplicación extensiva de los requisitos urbanísticos establecidos para autorizar e inscribir escrituras públicas de declaración de obra nueva (inmatriculación de fincas edificadas mediante auto recaído en expediente de dominio y mediante escritura de venta complementada por acta de notoriedad, respectivamente). Finalmente, en el apartado sexto de este primer capítulo Luis Miguel López Fernández aborda el estudio de las resoluciones relativas a la acreditación del seguro exigido por la Ley de Ordenación de la Edificación (extensión de la garantía; excepciones a la obligación de asegurar; aplicación temporal de la norma; y las ampliaciones de una obra preexistente).

3. En el *capítulo I bis* titulado *Consideraciones generales: algunos problemas planteados por la inscripción de obras nuevas*, el profesor López Fernández realiza una serie de reflexiones doctrinales directamente relacionadas con la problemática expuesta en el capítulo I, centrándose especialmente en las siguientes cuestiones: *a)* la exigencia de licencia y certificación para modificaciones de edificios inscritos; *b)* la licencia obtenida por silencio y el rechazo expreso de una solicitud anterior; y *c)* determinados aspectos de Derecho transitorio.

4. El *capítulo II* se dedica a la *inscripción de divisiones y segregaciones*, abordando en primer lugar el tema de la licencia urbanística de división o segregación y sus distintos supuestos (licencia concedida expresamente; licencia concedida por silencio administrativo; la exigencia de licencia urbanística o la declaración de innecesaria para las divisiones o segregaciones realizadas en suelo rústico y con respeto de la unidad mínima de cultivo; y, por último, se centra en las excepciones, esto es, en los supuestos de acceso al Registro de la Propiedad sin licencia). Seguidamente el autor se ocupa de



la extensión de la exigencia de licencia de división o segregación a otros documentos u otros actos jurídicos. En tercer lugar se centra en el análisis de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado relacionadas con la segregación de fincas, los complejos inmobiliarios y la propiedad horizontal (examina la diferencia entre la propiedad horizontal tumbada y el complejo inmobiliario; los supuestos concretos en los que, como regla general, no se exige licencia de división o segregación; las excepciones a los supuestos en que no se exige licencia para la división horizontal tumbada con fundamento en la legislación autonómica; y, por último, lo que el profesor López Fernández califica como «un caso desgraciado»: la inscripción de un complejo inmobiliario que da lugar a porciones de terreno independientes).

5. En el *capítulo II bis* que lleva por título *Consideraciones generales sobre los aspectos urbanísticos de la inscripción de divisiones y segregaciones*, el autor expone un conjunto de reflexiones doctrinales íntimamente relacionadas con la problemática expuesta en el capítulo II. Concretamente aborda las siguientes materias: *a)* los requisitos urbanísticos para inscribir divisiones y segregaciones de fincas; *b)* las divisiones y segregaciones en suelo rústico realizadas con anterioridad a la norma autonómica que las somete a licencia; *c)* el ámbito material de aplicación de los requisitos urbanísticos para inscribir divisiones y segregaciones; y *d)* en último lugar realiza unas breves reflexiones sobre la licencia de división o segregación otorgada por silencio.

6. El *capítulo III* de la obra objeto de esta recensión se dedica al análisis de la *inscripción de proyectos de equidistribución y expropiación forzosa y de sus modificaciones*. El profesor López Fernández se centra, en primer lugar, en las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado que se refieren a aspectos específicos de los proyectos de equidistribución (fecha de aprobación definitiva y desafectación previa de las vías pecuarias; subrogación real; rectificación de errores materiales; imposibilidad de sustituir la adjudicación de finca a la Administración por pago en metálico mediante una modificación realizada por un convenio urbanístico; inscripción parcial de proyectos de equidistribución). En el segundo apartado de este capítulo analiza diversas cuestiones relacionadas con la afección de las fincas a las obligaciones derivadas del sistema de compensación (la nota marginal que publica la afección y el embargo de las fincas de los propietarios en procesos dirigidos contra la junta de compensación; la posibilidad de practicar una anotación preventiva de la demanda dirigida contra los titulares de las fincas resultantes por deudas de la junta de compensación; y la cancelación de la nota de afección y su prórroga). El autor en el último apartado de este capítulo se detiene en el examen de diversos aspectos relacionados con la expropiación forzosa (el título inscribible; la legitimación en los expedientes de expropiación forzosa y la eficacia del acta como título para la segregación de la parte expropiada; y la intervención del Ministerio Fiscal).

7. En el *capítulo III bis* titulado *Algunas consideraciones generales sobre los asientos relativos a los expedientes de equidistribución*, Luis Miguel López Fernández aborda, de manera crítica pero constructiva, el análisis doctrinal de las cuestiones que se han examinado en el capítulo anterior a través de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Concretamente se centra en las siguientes cuestiones: *a)* la nota marginal de iniciación del procedimiento de equidistribución; *b)* la inscripción del proyecto de equidistribución; *c)* los gravámenes inscritos sobre las fincas de origen y

la subrogación real; y *d*) los problemas adicionales planteados por la adjudicación en pro indiviso o de una sola finca en pago de varias.

8. En el *capítulo IV* bajo el epígrafe de *Inscripción de la enajenación y gravamen de fincas cuyo titular es una Administración Pública*, el autor se detiene en primer término en el examen de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado referentes a los contratos de enajenación y gravamen de fincas patrimoniales de la Administración (en concreto, se centra, por una parte, en el contenido de la escritura pública y, por otra, en la calificación del Registrador de la Propiedad y la necesidad de licitación pública). A continuación el profesor López Fernández aborda el análisis de lo que él denomina «vicisitudes del contrato»; esto es, la retrocesión de la finca a la Administración como consecuencia de la ineficacia del contrato. En tercer lugar, examina la materia referente al contrato de permuta de suelo por obra y la licitación pública. Posteriormente expone las resoluciones del órgano directivo referentes a las especialidades que presentan la transmisión o gravamen de las fincas patrimoniales de la Administración mediante convenios urbanísticos (en cuanto al título inscribible y en cuanto a la no necesidad de licitación pública). Finalmente, en quinto lugar el autor se detiene en el análisis de una materia de gran importancia práctica en los últimos años como son los contratos y convenios relativos al subsuelo situado bajo el dominio público (segregación, desafectación y venta del subsuelo bajo el dominio público).

9. El *capítulo IV bis* que lleva por título *Algunas consideraciones sobre los convenios urbanísticos y sus aspectos registrales* reproduce el esquema de anteriores capítulos con el sufijo «bis» y es dedicado por el profesor López Fernández a la exposición de diversas reflexiones de carácter doctrinal sobre la temática analizada en el capítulo precedente. Concretamente dedica especial atención a las siguientes: *a*) la eficacia *erga omnes* de las obligaciones y los actos de ejecución del planeamiento; *b*) las diversas maneras en que el convenio urbanístico puede hacerse constar en el Registro de la Propiedad; *c*) la inscripción y los convenios sobre modificación del planeamiento a cambio de cesión de terrenos; y *d*) la inscripción registral de los contratos de la Administración que establecen permutas de suelo por obra.

10. El *capítulo V*, último de esta obra, se titula *Otros supuestos de inscripción de fincas a favor de la Administración. Anotaciones preventivas y notas marginales de condiciones de concesión de licencias*. El primer apartado de este capítulo se ocupa del análisis de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado referentes a la inscripción de fincas a favor de la Administración, cuando su adquisición no deriva de proyectos de equidistribución o de actuaciones derivadas de la expropiación forzosa (se detiene en las siguientes materias: el título inscribible y sus complementos; la adquisición derivada de convenios urbanísticos; la diferencia entre la cesión efectiva y el mero compromiso de ceder a efectos de la inscripción en el Registro del convenio urbanístico; el incumplimiento del convenio; y la adquisición como consecuencia del ejercicio de tanteos y retractos legales). En segundo lugar, el autor examina las resoluciones del órgano directivo en las que se aborda la materia de las anotaciones preventivas en procesos contencioso-administrativos o penales y su relación con la inscripción de resoluciones judiciales. Por último, en tercer lugar, se detiene en la interpretación que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha realizado de algunos aspectos de la denominada nota marginal de condiciones de concesión de licencias (requisitos formales y caducidad y efectos sobre la afección real).

11. Hasta aquí la descripción del contenido de la monografía del profesor López Fernández. Confío en que lo expuesto permita al lector de esta recensión apreciar el atractivo que tiene una obra de estas características: no sólo por su utilidad en cuanto que facilita el conocimiento de las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sino también porque nos acerca, de forma crítica pero constructiva, a un sector cuya complejidad nadie discute.

A mi juicio, creo que sería conveniente, en próximas ediciones de la obra, incluir al final de la monografía un listado con la bibliografía más destacada sobre la materia y un índice con las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado citadas. Ello resultaría sumamente útil a los lectores y completaría la abundante información que sobre una materia tan técnica se contiene en esta interesante monografía. En todo caso, quiero reiterar que la publicación de este libro es, sin duda, una buena noticia, pues aporta luz a un tema que tiene muchos claroscuros.

Máximo Juan PÉREZ GARCÍA



## Revistas Extranjeras

**Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Isabel SIERRA PÉREZ, Belén TRIGO GARCÍA**

SUMARIO: I. *Derecho Civil*: 1. Parte general. 2. Derecho de la persona. 3. Persona jurídica. 4. Obligaciones y contratos. Responsabilidad civil. 5. Derechos reales. Derecho hipotecario. 6. Derecho de familia. 7. Derecho de sucesiones. 8. Varia. –II. *Derecho Mercantil*: 1. Parte general. Empresa. 2. Derecho de sociedades. 3. Instituciones y agentes auxiliares del tráfico. 4. Contratos mercantiles. 5. Derecho cambiario. 6. Derecho concursal.-Abreviaturas.

### DERECHO CIVIL

#### PARTE GENERAL

CUMYN, M. C.: «The legal power», *ERPL*, núm. 3, 2009, pp. 345-366.

La profesora de Quebec estudia el concepto de «poder jurídico» y su evolución, basándose especialmente en los casos en que se administra el bien de otro. A su juicio, el poder jurídico es una categoría autónoma y distinta de los derechos subjetivos: es una prerrogativa atribuida para la realización de un fin. (*M. G.-R.*)

FERNÁNDEZ GREGORACI, B./SAINTIER, S.: «Indirect Representation and Undisclosed Agency in English, French and Spanish Law: A Comparative Analysis», *ERPL*, núm. 1, 2009, pp. 25-54.

El artículo ofrece un análisis comparado de las reglas relativas al concepto de Derecho continental de representación indirecta y al *Common Law* de «undisclosed agency», en especial en lo que se refiere a los derechos del dueño del negocio y las terceras partes. El análisis comparado se refiere a los Derechos inglés, francés y español. (*M. G.-R.*)

FERRI, G.: «Sulla qualificazione giuridica del concepito nei codici degli Stati italiani preunitari e nella stagione della codificazione unitaria», *RDC*, 2009, núm, 2 parte prima, pp. 227-247.

Revisión histórico-jurídica de la figura del concebido y no nacido y la atribución de personalidad jurídica y capacidad para suceder: la transposición del artículo 725 del Code Napoléon en los Códigos civiles preunitarios italianos, el artículo 724 del *Codice Civile* de 1865, el artículo 1 del *Codice civile* de 1942. (M. R. D. R.)

FRANÇOIS, B.: «La prescription extinctive en droit américain et en droit différences et convergences», *RDS*, 2008, núm. 36, pp. 2543-2550.

Comparación de estos derechos en materia de prescripción. (R. A. R.)

GALGANO, F.: «Il legittimo e il giusto», *RTDPC*, 2009, núm. 1, pp. 1-10.

Revisión histórico-jurídica de las nociones de legitimidad y justicia. (M. R. D. R.)

HÖPFNER, C./RÜTHERS, B.: «Grundlagen eine europäischen Methodenlehre», *AcP*, núm. 1, 2009, pp. 1-36.

Los autores se quejan de que la mayoría de los tratados sobre metodología jurídica no tienen en cuenta el Derecho comunitario y los desafíos que plantea metodológicamente. Además, se hacen eco de las críticas que con frecuencia despiertan las resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El artículo trata, pues, de rellenar esa laguna y de analizar cómo se aplican los clásicos criterios interpretativos al Derecho comunitario, así como la labor creadora del Tribunal de Justicia. (M. G.-R.)

LAITHIER, Y.-M.: «Le nouveau droit français de la prescription extinctive et le rapport “Limitation of Actions” de la Law Commission», *RDS*, 2008, núm. 36, pp. 2538-2542.

Las convergencias y las divergencias. (I. S. P.)

LIMBACH, F.: «La prescription extinctive en droit allemand», *RDS*, 2008, núm. 36, pp. 2535-2537.

La seguridad del deudor y la seguridad del crédito. (R. A. R.)

LORENZ, S.: «Grundwissen – Zivilrecht: Abstrakte und kausale Rechtsgeschäfte», *JuS*, 2009, núm. 6, p. 489.

El autor vuelve sobre una cuestión fundamental del Derecho civil: los negocios jurídicos abstractos y causales. Desde este punto de vista examina los derechos de garantía como el derecho de prenda o de hipoteca. (B. T. G.)

MARIA, I.: «De l'intérêt de distinguer jouissance et exercice des droits», *SJ*, 2009, núm. 23-24, I-149, pp. 17-21.

Análisis sobre la utilidad de la distinción entre goce y ejercicio de los derechos, como diferenciación surgida en el siglo XIX para justificar la personalidad jurídica de los incapaces y de las personas jurídicas, así como para asegurar la igualdad entre todas las personas. Cambio de justificación en la actualidad. (R. A. R.)

RÖTHEL, A.: «Vorwirkung von Richtlinien: viel Lärm um Selbstverständliches», *ZEuP*, núm. 1, 2009, pp. 34-55.

El trabajo se centra en el problema de los efectos anticipados entre particulares de las Directrices comunitarias que no han sido traspuestas al ordena-

miento interno correspondiente, cuando el plazo para tal trasposición no se ha agotado. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha declarado en varias decisiones que ese efecto anticipado es válido y puede ser aplicado por los tribunales de cada país. Frente a la postura de algunos autores, la autora defiende la corrección de la postura del Tribunal europeo. (*M. G.-R.*)

SCALISI, V.: «Complessità e sistema delle fonti di diritto privato», *RDC*, 2009, núm. 2 parte prima, pp. 147-179.

Estudio de la denuncia del desorden de fuentes del Ordenamiento jurídico italiano, y la necesidad de una recomposición sistemática para conjugar unidad y pluralidad: criterios de ordenación, fundamentos de legitimidad, competencia, subsidiariedad, integración, jerarquía.

Revisión del tema introduciendo el Derecho de la Unión Europea, la *lex mercatoria* y el contrato como fuentes normativas. (*M. R. D. R.*)

UNBERATH, H./ CZIUPKA, J.: «Dispositives Recht welchen Inhalts? Antworten der ökonomischen Analyse des Rechts», *AcP*, núm. 1, 2009, pp. 37-83.

Estudio del Derecho dispositivo desde el punto de vista del análisis económico del Derecho. Los autores se preguntan por qué existe el Derecho dispositivo, qué reglas contractuales no son dispositivas y, finalmente, qué contenido concreto deben tener las normas dispositivas. (*M. G.-R.*)

WAGNER, G. y otros: «Zum 100. Geburtstag von Werner Flume», *AcP*, núm. 2, 2009, pp. 141-211.

La Universidad de Bonn organizó el 12 de septiembre de 2008 un simposio sobre la figura del jurista Werner Flume, a propósito de su centésimo cumpleaños (el agasajado falleció desgraciadamente cuatro meses después). Las aportaciones investigadoras del congreso fueron tres:

— HUBER, U., «Eigenschaftsirrtum und Kauf» (pp. 143-163).

Dedicada a la influencia de la obra del mismo nombre de Flume. Se trataba de un trabajo romanista, pero que ha ejercido gran influencia en la praxis alemana, y luego en la reforma del Derecho de obligaciones. Punto básico de aquel trabajo es la determinación de los límites de la responsabilidad del vendedor por vicios ocultos cuando se trata de cosa cierta y determinada.

— LIEB, M., «Werner Flume und das Bereicherungsrecht» (pp. 164-180).

Donde se exponen las ideas del homenajeado sobre el Derecho del enriquecimiento injusto y la discusión de la doctrina alemana acerca de si el enriquecimiento hay que medirlo respecto a todo el patrimonio del deudor o de una manera más concreta, referida a aquel «algo» («etwas», § 812 BGB) que ha recibido el enriquecido.

— SCHMIDT, K., «Die Personengesellschaft als Rechtsfigur des “Allgemeinen Teils”. Dogmatisches Konzept und Wirkungsgeschichte von Werner Flumes “Personengesellschaft”» (181-204).

Se detiene en el estudio que de la persona jurídica realizó Flume, destacando que fue el primero que dentro de la persona jurídica estudió la sociedad del *BGB*, que hasta entonces se consideraba como un ente sin personali-

dad alguna. Sin embargo, hoy se reconoce por la jurisprudencia que tiene capacidad jurídica y de obrar. (M. G.-R.)

## DERECHO DE LA PERSONA

AHRENS, C.: «BGH, Versäumnisurteil v. 16.9.2008», *JZ*, 2009, núm. 4, p. 212.

El autor comenta la sentencia del BGH que, a propósito de la protección de los derechos de la personalidad, se ocupa de la relación entre libertad artística y protección *postmortem* de los derechos de la persona. (B. T. G.)

ANZANI, G.: «Gli “atti di disposizione della persona” nel prisma dell’ identità personale (tra regole e principi)», *NGCC*, 2009, núm. 1, pp. 1-16.

La identidad personal como criterio básico de las normativas de diferentes sectores: la identidad personal en relación a los bienes de la vida y de la salud; la identidad personal como *ratio* de algunas hipótesis de disponer de sí mismo, en particular, los trasplantes *inter vivos* y la experimentación médica; la identidad personal en la sexualidad y la identidad personal y aspectos totalmente inmateriales de la persona. (Alma R. G.)

BALDINI, G.: «Procreazione assistita: l’ordine degli interessi tutelati è uno solo. Note a margine dell’la c.d. “ordinanza Mariani”», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 3, pp. 835-844.

Comentario a la “Ordenanza” del Tribunal de Florencia de 17 de diciembre de 2007, sobre reproducción asistida. En el caso concreto los padres, portadores de una enfermedad genética, solicitan al tribunal que declare su derecho (1) a un diagnóstico del embrión preimplantatorio, (2) a la crioconservación de los embriones no utilizados y (3) a la adaptación del protocolo terapéutico de reproducción asistida a las circunstancias del caso concreto. El tribunal acoge las tres pretensiones. En opinión del autor la decisión del tribunal reviste gran importancia por dos razones: en primer lugar, se abre la vía para una reforma conforme a la Constitución de la Ley 40/2004, relativa a las técnicas de reproducción asistida, así como de las «Linee Guida ministeriali» dictadas en ejecución de dicha ley; en segundo lugar, al afirmar el tribunal que es al médico (y no al legislador) a quien corresponde obrar en búsqueda de la mejor tutela de la salud de la madre en aplicación de las mejores reglas de la ciencia, se reafirma un principio pacíficamente acogido en el Ordenamiento italiano hasta la promulgación de la ya citada Ley 40/2004. (B. F. G.)

BOCCON-GIBOD, M./ CHOUTEAU, S.: «Le droit de la presse et la Cour d’appel de Versailles», *GP*, 2008, núm. 284-285, pp. 6-12.

Análisis jurisprudencial de las decisiones de la Corte de apelación de Versalles sobre el derecho a la vida privada y a la imagen frente a la prensa. La difamación; derecho de rectificación, etc. (R. A. R.)

BONA, L. DI: «Riflessioni in tema di rifiuto delle trasfusioni di sangue», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 3, pp. 658-687.

En el presente artículo se defiende la posibilidad de proceder a la transfusión de sangre aun en contra de la negativa del paciente. Los argumentos



difieren en función del supuesto analizado, que la autora clasifica de la siguiente manera: (a) paciente capaz de actuar, de entender y de querer; (b) paciente capaz de actuar, pero no de entender y querer; (c) paciente incapaz. (B. F. G.)

CICORIA, M.: «Il danno non patrimoniale da lesione della libertà sessuale – nota a Trib. Napoli 13 aprile 2007», *GC*, 2008, núm. 12, pp. 3035-3043. (M. R. D. R.)

CORBET, J.: «Chronique de Belgique» *RIDA*, núm. 219, enero 2009, pp. 103-191.

Descripción de la reciente legislación belga en materia de Derecho de autor, distinguiendo entre la resultante de la trasposición de las directivas europeas en materia de derecho de autor; la aplicación y desarrollo de determinados artículos de la Ley belga sobre el derecho de autor de 1994; y otras normas aprobadas en los últimos años. (C. J. D.)

CRICENTI, G.: «Il cosiddetto dissenso informato», *NGCC*, 2009, núm. 2, pp. 175-181.

Comentario jurisprudencial sobre la relación existente entre el consentimiento informado en el ámbito médico, el testamento biológico y el principio de autonomía del paciente. (Alma R. G.)

— «Indisponibilità” del bene vita e disposizione di sè», *NGCC*, 2009, núm. 1, pp. 17-25.

Significado e implicaciones de la existencia de un principio de irrenunciabilidad o de indisponibilidad de la vida: los deberes del médico frente al rechazo del paciente a los tratamientos curativos. (Alma R. G.)

DELIYANNI, E.: «Chronique de Grèce» *RIDA*, núm. 220, abril 2009, pp. 173-259.

Informe selectivo de la jurisprudencia griega posterior a octubre de 2004 en materia de Derecho de autor. (C. J. D.)

DUMERY, A.: «La sanction des actes passés par le mineur non émancipé: bilan et perspectives», *GP*, 2009, núm. 7-8, pp. 4-9.

Análisis de la sanción de los actos del menor no emancipado establecido en el artículo 1124 del Código civil francés. Propuesta de pasar a la dualidad entre nulidad y rescisión. (R. A. R.)

DUPUY-BUSSON, S.: «Le droit à l’image en question», *GP*, 2008, núm. 321-323, pp. 6-13.

Problemas jurídicos para configurar de forma precisa el derecho a la imagen. Falta de fundamentación legislativa precisa sobre dicho derecho. Excepciones al derecho a la imagen. (R. A. R.)

FERRANDO, G.: «Nascere per il diritto. Grandi prematuri e decisioni di inizio vita», *NGCC*, 2009, núm. 2, pp. 97-103.

Artículo sobre el estatuto jurídico del embrión: nacimiento y adquisición de la capacidad jurídica, la Ley n. 194/1978 y la capacidad de vida autónoma del feto, el parto prematuro, la responsabilidad de los padres. (Alma R. G.)

GAIA, M.: «Il rispetto dei valori fondamentali si impone anche alla satira politica», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 1, pp. 126-183.

Comentario jurisprudencial sobre la libertad de manifestación del pensamiento: información y expresión, en especial, crónica, crítica y sátira. (*Alma R. G.*)

GARÉ, Th.: «Une femme remariée peut être judiciairement autorisée à continuer à user du nom de son premier mari», *SJ*, 2009, núm. 25, pp. 20-22.

Posibilidad de seguir utilizando el apellido del marido una vez que se ha utilizado durante más de 15 años tras el divorcio, dada la notoriedad de la persona y los efectos para sus clientes. (*R. A. R.*)

GAUDRAT, P.: «De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes: tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur» *RIDA*, núm. 220, abril 2009, pp. 81-171.

Ensayo de la noción de obra, alterada a juicio del autor por una reciente sentencia denegatoria de la Corte de Casación. (*C. J. D.*)

GAZZONI, F.: «Continua la cruciata parametafisica dei giudici-missionari della c.d. "morte dignitosa"», *DFP*, núm. 1, pp. 277-301.

Caracteres diferenciales entre la eutanasia y el rechazo a los tratamientos médicos en los pacientes en estado de coma permanente e irreversible. (*Alma R. G.*)

GUERRA, G.: «Scelta genitoriale del nome e tutela dell'identità della persona», *NGCC*, 2009, núm. 2, pp. 166-170.

Conflicto entre la libre elección del nombre del hijo por los progenitores y el derecho a la identidad personal del hijo. (*Alma R. G.*)

LASSO, A.: «La legittimazione dei congiunti ad agire per la tutela della personalità del defunto», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 3, pp. 688 a 718.

El presente artículo defiende la legitimación del cónyuge para defender los derechos de la personalidad del difunto. La tesis del autor se basa en que la vulneración de los derechos de la personalidad del difunto lesiona el interés, tanto personal como familiar, del cónyuge superviviente. (*B. F. G.*)

LOISEAU, G.: «Des cadavres mais des hommes», *SJ*, 2009, núm. 25, pp. 23-26.

El autor propone la prohibición de la exposición Our Body en la que se exponían cuerpos humanos disecados por considerar que va contra el art. 16-1-1- del Código civil francés. Estudio a propósito de la sentencia de la corte de apelación de París, Sección 1-3 de 30 de abril de 2009. (*I. S. P.*)

LONG, J.: «La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sul cognome dei cittadini europei», *NGCC*, 2009, núm. 3, pp. 272-278.

Comentario a una sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 14 de octubre de 2008: hacia un derecho a la atribución del apellido materno al hijo. (*Alma R. G.*)

MASSIP, J.: «Actes d'enfants sans vie: les deux décrets du 20 août 2008», *GP*, 2008, núm. 321-323, pp. 2-5.

El acta de estado de un bebé sin vida, cuando nace pero no reúne los requisitos necesarios para adquirir personalidad jurídica. El artículo 79.1.º del Código civil francés. (*I. S. P.*)

MIRKOVIC, A.: «La transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une mère porteuse américaine sur les registres de l'état civil français doit être annulée», *SJ*, 2009, núm. 26, pp. 17-19.

Análisis de la sentencia de la Corte de apelación de París, Sección 1 C, de 26 de febrero de 2009, negando la validación de la decisión americana por ser contraria al orden público internacional. (*I. S. P.*)

RASCHEL, L.: «L'âge de procréer», *GP*, 2008-2009, núm. 366-3, pp. 14-17.

Estudio sobre la edad inicial y final de la mujer para procrear. Consecuencias de una y otra. (*I. S. P.*)

ROCCATI, M.: «La protection des majeurs incapables sous l'influence du droit européen», *GP*, 2009, núm. 63-64, pp. 4-11.

Estudio comparado del derecho alemán, inglés y francés sobre las medidas de protección para mayores incapaces. Tendencia a preservar la autonomía y sus restricciones. (*R. A. R.*)

SANTORO, F.: «Diritto all'immagine come diritto costituzionale inviolabile: tutela risarcitoria patrimoniale e non patrimoniale», *NGCC*, 2008, núm. 12, pp. 1408-1411.

Comentario jurisprudencial sobre el derecho a la imagen en cuanto derecho constitucional resarcible *ex* artículo 2059 del Código Civil italiano. (*Alma R. G.*)

SIMEOLI, D.: «Il prezzo del consenso quale criterio di liquidazione del danno patrimoniale derivante dall'illecita pubblicazione dell'immagine altrui – osservazione a Cass. 16 maggio 2008 n. 12433», *GC*, 2009, núm. 3, pp. 709-711. (*M. R. D. R.*)

STÜBER, S.: «BverfG, Beschluss v. 27.5.2008», *JZ*, 2009, núm. 1, p. 45.

El autor comenta la sentencia del Tribunal Constitucional Federal que, de nuevo, se pronuncia sobre la regulación en materia de transexualidad, con implicaciones respecto del matrimonio y de las parejas de hecho. (*B. T. G.*)

VERCKEN, G.: «Le formalisme dans les contrats d'auteur: un point après la décision de La Cour de cassation du 21 novembre 2006» *RIDA*, núm. 219, enero 2009, pp. 5-101.

Alegato a favor de las disposiciones legales imperativas en materia de contratos de cesión de derechos de autor. Desde una óptica proteccionista de los autores, se trata de determinar qué medidas formales deben adoptarse en la realización del contrato para garantizar el cumplimiento de lo dispuesto al efecto en la ley francesa o qué reformas requiere ésta a fin de excluir una interpretación más flexible por parte de los jueces. (*C. J. D.*)

VERPEAUX, M.: «Liberté de communication et pouvoir de nomination du président de la République», *SJ*, 2009, núm. 18, I-139, pp. 15-18.

Controles parlamentarios a la designación de Presidente de la República y libertad de comunicación. Estudio a propósito de la decisión del Consejo constitucional de 3 de marzo de 2009. (*R. A. R.*)

VENTURELLI, A.: «Volontarietà e terapeuticità nel mutamento dell'identità sessuale», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 3, pp. 732 a 783.

El presente artículo pretende demostrar que, conforme a la ley vigente y a su interpretación jurisprudencial, aunque el cambio de sexo está permitido, la sola voluntad del interesado no es suficiente. El autor analiza a este propósito las sentencias más significativas de la Corte Constitucional relativas al derecho a la identidad sexual; se detiene igualmente en los requisitos exigidos para la realización de una intervención quirúrgica de cambio de sexo; analiza el caso, excepcional pero real, de la voluntad de «revocar el cambio de sexo»; y, finalmente, alude a la disolución del matrimonio contraído antes del cambio de sexo. (*B. F. G.*)

VILLANI, R.: «A “piccoli passi” verso il traguardo dell'attribuzione del cognome materno ai figli. Ovvero quando l'inerzia del legislatore suggerisce la ricerca di soluzioni alternative», *NGCC*, 2009, núm. 1, pp. 16-22.

Comentario jurisprudencial sobre los problemas que origina en el ordenamiento jurídico italiano, ante la ausencia de norma legal, la atribución del apellido de la madre al hijo legítimo. (*Alma R. G.*)

VV.AA.: «Droit de la santé», *GP*, 2009, núm. 170-171.

Estudios diversos relacionados con la salud de la persona. Publicidad del tabaco en la prensa escrita; donación de sangre; contaminación en un hospital; riesgo sanitario; etc. (*R. A. R.*)

WALRAVENS-MARDARESCU, N.: «De l'art conceptuel comme création et sa protection par le droit d'auteur» *RIDA*, núm. 220, abril 2009, pp. 5-79.

Con ocasión de una reciente sentencia de la Corte de casación francesa, el autor desarrolla la cuestión de la materia y la forma en la obra de arte, tomando parte a favor de la protección de la idea de la obra, además de proteger la forma. (*C. J. D.*)

ZATTI, P.: «Rapporto medico-paziente e “integrità” della persona», *NGCC*, 2008, núm. 12, pp. 403-409.

Conflicto entre el derecho a la salud del paciente y el derecho al rechazo de los tratamientos médicos para su curación, en especial, en estados vegetativos permanentes. (*Alma R. G.*)

## PERSONA JURÍDICA

THÉRON, J.: «De la communauté d'intérêts», *RTDC*, 2009, núm. 1, pp. 19-38.

Análisis del concepto comunidad de intereses en la persona jurídica. Su aplicación al procedimiento civil o a la solidaridad pasiva no puede tener el mismo sentido de representatividad que se le da a la persona jurídica. (*R. A. R.*)

WESTER-OUISSSE, V.: «Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences», *SJ*, 2009, núm. 16-17, I-137, pp. 13-17.

Tratamiento de la persona jurídica como un ser humano a partir de los años 90. La empresa como un ser moral dotado de voluntad e interés propio. (*I. S. P.*)

— «La jurisprudente et les personnes morales. Du prope de l'homme aux droits de l'homme», *SJ*, 2009, núm. 10-11, I-121, pp. 15-19.

El cambio de visión de la persona jurídica ha llevado a un giro de la jurisprudencia para exonerar a los representantes de ésta en caso de responsabilidad. A pesar de ser una realidad técnica se la considera como un ser humano. (*R. A. R.*)

#### OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

ABATANGELO, C.: «Il c.d. arricchimento indiretto e la concessione del rimeidio di cui all'art. 2041 cod.civ.», *NGCC*, 2009, núm. 4, pp. 368-376.

Comentario jurisprudencial acerca de los presupuestos del enriquecimiento injustificado, con particular referencia al tema del enriquecimiento indirecto. (*Alma R. G.*)

AJANI, G./ FERRERI, S./ GRAZIADEI, M.: «Introduzioni ai Principi di diritto comunitario in materia di contratto», *RTDPC*, 2009, núm. 1, pp. 271-296.

Acercamiento a los trabajos del Grupo Acquis, relativos a la elaboración de unos Principios de Derecho Contractual, extraídos del acervo comunitario, en aras de conseguir el objetivo de la unificación o uniformización del Derecho Europeo en materia contractual. (*M. R. D. R.*)

ALPA, G.: «Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune», *CI*, 2008, núms. 4-5, pp. 889-916.

La información precontractual en el ámbito de los servicios financieros: el modelo francés, el modelo alemán, el modelo inglés y el Borrador de Marco Común de Referencia sobre los principios del derecho contractual europeo. (*Alma R. G.*)

AMBRÜSTER, Ch.: «Das Versicherungsrecht im Common Frame of Reference», *ZEuP*, núm. 4, 2008, pp. 775-812.

El artículo trata sobre el contrato de seguro en el Marco Común de Referencia. No obstante la discrepancia en muchos aspectos concretos, se considera muy beneficioso el proyecto, constituyendo una base sólida para ulteriores debates. (*M. G.-R.*)

AMRANI-MEKKI, S.: «Inciter les actions en dommages et intérêts en droit de la concurrence», *GP*, 2009, núm. 81-83, p. 5-11; y núm. 84-85, pp. 4-9.

Estudio del libro blanco de la Comisión europea sobre indemnización a las víctimas de competencia desleal. Medidas para la eficacia de la reparación del daño. Sujetos implicados y acciones. Plazos. (R. A. R.)

ANSAULT, J.J.: «Le retour en grâce de la cession de dette?», *SJ*, 2009, núm. 27, pp. 17-19.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación civil, Sección 1.<sup>a</sup>, de 30 de abril de 2009 donde se niega la posibilidad de que el obligado principal pueda obligar al acreedor a consentir un cambio de deudor si no ha consentido. (R. A. R.)

AZZI, T.: «La loi applicable à défaut de choix selon les articles 4 e du règlement Rome I», *RDS*, 2008, núm. 31, pp. 2169-2174.

Las fijaciones prioritarias y las fijaciones subsidiarias. (R. A. R.)

— «Bruxelles I, Rome I, Rome II: regard sur la qualification en droit international privé communautaire», *RDS*, 2009, núm. 24, pp. 1621-1628.

La admisión de la concepción monista de la calificación y la refutación de la calificación dualista. (I. S. P.)

— «Le règlement no 8642007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, dit “Rome II”» *RDS*, 2009, núm. 24, pp. 1619-162.

Presentación del dossier sobre el reglamento. (R. A. R.)

BARCELLONA, E.: «Le tutele dell’acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità, garanzia ed esatto adempimento», *CI*, 2009, núm. 1, pp. 171-212.

Artículo sobre la obligación de conformidad del bien comprado con lo previsto en el contrato, introducida por el Decreto Legislativo n. 24 del 2002 que desarrolla la Directiva 44/99 relativa a algunos aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo: la discutida configuración de una obligación de conformidad y la polémica naturaleza de los remedios de la reparación y sustitución del bien no conforme. (Alma R. G.)

BARGELLI, E.: «Danno non patrimoniale: la messa a punto delle sezioni unite», *NGCC*, 2009, núm. 2, pp. 102-122.

Apuntes sobre la categoría general del daño no patrimonial en el ordenamiento jurídico italiano. (Alma R. G.)

BARRA, F.: «L’azione collettiva e la fase conciliativa. Qualificazione e quantificazione del danno», *CI*, 2008, núms. 4-5, pp. 1044-1053.

Las características generales de la acción colectiva resarcitoria. Diferencias con el modelo norteamericano. Daños punitivos y daños resarcibles. *Ratio* y estructura de la acción colectiva. (Alma R. G.)

BENEDETTI, A.M.: «Ancora sulla revoca della proposta: divagazione tra storia e comparazione», *NGCC*, 2009, núm. 4, pp. 115-126.

Estudio, con apuntes históricos y de Derecho Comparado, de la revocación de la oferta contractual. (Alma R. G.)

BERLY, J.M.: «La garantie de libération de l'article L.231-6 du CCH: de Charybde en Scylla!», *GP*, 2009, núm. 4, pp. 215-221.

La nueva regulación de la garantía de pago al constructor constituida mediante una caución solidaria dada por un establecimiento de crédito o una empresa de seguros. Crítica del autor como una solución económicamente muy gravosa y jurídicamente muy contestada. (R. A. R.)

BOLLÉE, S./LEMAIRE, S.: «La règlement No. 5932008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligation contractuelles, dit Rome I – présentation générale –», *RDS*, 2008, núm. 31, pp. 2155-2156.

Presentación del dossier sobre el Reglamento número 593/2008 de 17 de junio, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. (R. A. R.)

BOLLÉE, S.: «A la croisée des règlements Rome I et Rome II : la rupture des négociations contractuelles» *RDS*, 2008, núm. 31, pp. 2161-2164.

Responsabilidad contractual en los reglamentos estudiados. (R. A. R.)

BOSKOVIC, O.: «La protection de la partie faible dans le règlement Rome I», *RDS*, 2008, núm. 31, pp. 2175-2179.

Las disposiciones especiales consagradas a la protección de la parte débil y su articulación con otras disposiciones. (I. S. P.)

BOUTONNET, M.: «Le risque, condition “de droit” de la responsabilité civile, au nom du principe de précaution ? À propos de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles du 4 février 2009», *RDS*, 2009, núm. 12, pp. 819-820.

En relación con el emplazamiento de una antena de telefonía móvil, la Corte de apelación de Versalles invita a oficializar el riesgo de perjuicio y no el principio de precaución. (I. S. P.)

BOUTY, A.: «La prescription en droit de la construction après la loi du 17 juin 2008», *GP*, 2009, núm. 3, pp. 150-155.

La influencia de la reforma de las causas de prescripción en el ámbito de las acciones para pedir responsabilidad en la construcción. Unificación del plazo de las acciones pero confusión por las causas de suspensión e interrupción. (I. S. P.)

BRAULT, Ph.: «Sur l'indexation du loyer du bail commercial», *GP*, 2009, núm. 121-125, pp. 17-26.

Cláusulas de revisión automática del arrendamiento de local: condiciones de validez. Procedimientos de revisión del arrendamiento. (I. S. P.)

BRAULT, Ph./BARBIER, JD.: «Le statut des baux commerciaux. Extrait de l'édition 2009», *GP*, 2009, núm. 121-125, pp. 3-16.

Análisis del art. 145-17 del Código de Comercio con anotaciones y jurisprudencia al respecto. (R. A. R.)

CARO, J.E.: «La sous-traitance de pose, mode normal d'exécution des travaux dans le BTP», *GP*, 2009, núm. 95-97, pp. 9-12.

Estudio sobre la sentencia de la Corte de apelación de Pau de 23 de octubre de 2008 sobre la licitud de las subcontratas. (I. S. P.)

CARTIER-MARRAUD, ML./AKYUREK, O.: «Crise économique et révision des contrats : une approche pratique des règles applicables», *GP*, 2009, núm. 165-167, pp. 2-7.

Estudio sobre el principio de cumplimiento del contrato tal y como se perfeccionó por las partes. Límites a dicho principio dado el cambio de circunstancias de las partes por la crisis económica y financiera actual. Búsqueda del equilibrio económico. (*I. S. P.*)

CARTWRIGTH, J.: «The English Law of Contract: Time for Review?», *ERPL*, núm. 2, 2009, pp. 155-175.

El artículo se centra en el Derecho contractual inglés. El autor explica el contexto en que se desarrolla ese Derecho, y resalta sus fortalezas y debilidades en este ámbito. También se comenta cómo el Derecho inglés podría enfrentarse a la necesidad de una revisión fundamental de su Derecho de contratos. (*M. G.-R.*)

CASAROSA, F.: «Online Auction Sites: An Example of Regulation in Electronic Communities?», *ERPL*, núm. 1, 2009, pp. 1-23.

El artículo se centra en la página de internet «eBay», dedicada a las subastas. Ello lleva a la autora a presentar una estructura organizativa que conlleva la protección de los derechos de los usuarios y también la autorregulación de las comunidades electrónicas. Describe el modelo de subasta, diferencia el marco tradicional y el electrónico, y ofrece «eBay» como modelo normativo. (*M. G.-R.*)

CATAUDELLA, A.: «La giustizia del contratto», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 3, pp. 625 a 638.

La tesis principal del presente artículo es que no existe un principio que imponga la proporcionalidad entre las prestaciones derivadas de un contrato. Se analiza a este propósito figuras como la rescisión del contrato o la cláusula penal. Sin embargo, el autor es consciente de que, en algunos casos, existe una desigualdad entre los contratantes; la mejor forma de solucionar este tipo de supuestos es, en su opinión y en la línea de algunas Directivas comunitarias, superando las asimetrías informativas entre las partes. (*B. F. G.*)

CENDON, P.: «L'urlo e la furia», *NGCC*, 2009, núm. 2, pp. 69-80.

Artículo sobre la reparación del daño no patrimonial en ciertas hipótesis conflictivas: el daño existencial, la muerte de animales, molestias cotidianas, daño por agonía, daño no patrimonial por incumplimiento contractual... (*Alma R. G.*)

CICORIA, M.: «Il danno non patrimoniale da lesione della libertà sessuale – nota a Trib. Napoli 13 aprile 2007», *GC*, 2008, núm. 12, pp. 3035-3043. (*M. R. D. R.*)

CIPRIANI, N.: «Il comodato “senza determinazione di tempo”: un *tertium genus?* », *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 4, pp. 1157-1170.

Comentario a la “Ordenanza” de la *Corte di Cassazione* de 12 de marzo de 2008 relativa a un contrato de comodato. La peculiaridad del caso estriba en que las partes habían pactado que el comodatario restituiría el bien a solitud del comodante cuando éste lo pidiera por necesidades propias. El Alto



Tribunal considera que se trata de un *tertium genus* de comodato, pues el caso concreto no puede reconducirse ni al modelo de comodato a término (art. 1809 CC italiano), ni al de comodato de duración determinada (art. 1810 CC italiano). A falta de prueba de la necesidad de utilización por parte del comodante, la *Corte di Cassazione* casa la sentencia recurrida, que había condenado al comodatario a la restitución del terreno y del local que habían sido objeto del contrato. El autor del comentario comparte la decisión del tribunal pero considera que no deben perderse de vista las peculiaridades del caso concreto. (*B. F. G.*)

COLAVINCENZO, D.: «Mutuo usurario e investimento del capitale ricevuto: profili evolutivi della nozione di stato di bisogno», *NGCC*, 2009, núm. 2, pp. 158-164.

Comentario jurisprudencial acerca de la validez de la cláusula por la que se acuerda el pago de intereses usurarios y la delimitación del concepto de estado de necesidad. (*Alma R. G.*)

COMOLET, G./ZANATI, J.M.: «Le nouveau dispositif de plafonnement des contrats d'assurance-contruction», *GP*, 2009, núm. 95-97, pp. 2-8.

Las nuevas garantías en la construcción recogidas en el Decreto del Consejo de Estado núm. 2008-1466 de 22 de diciembre de 2008. Condiciones de aplicación del artículo L. 243-9 del Código de garantías. (*R. A. R.*)

CONFORTI, M.: «Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione», *NGCC*, 2009, núm. 3, pp. 207-214.

Comentario jurisprudencial sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad precontractual y, en concreto, acerca de los daños causados por informaciones inexactas. (*Alma R. G.*)

COSTANZA, M.: «I consumatori: clienti speciali delle banche – nota a Cass. 21 maggio 2008 n. 13051», *GC*, 2009, núm. 3, pp. 701-705. (*M. R. D. R.*)

COVUCCI, D.: «Responsabilità civile dell'avvocato: un sistema in evoluzione», *NGCC*, 2008, núm. 12, pp. 421-429.

La responsabilidad civil del abogado dentro del proceso de expansión de la responsabilidad civil de los profesionales liberales. El modelo clásico de la responsabilidad civil del abogado y la superación de tal modelo. Las nuevas fronteras de la responsabilidad del abogado: el ejercicio asociado de la profesión. (*Alma R. G.*)

D'AVOUT, L.: «Le sort des règles impératives dans le règlement Rome», *RDS*, 2008, núm. 31, pp. 2165-2168. La preservación y el acantonamiento de las reglas imperativas. (*I. S. P.*)

DEL GROSSO, F.: «La fine di una decennale questione: il ruolo del lucro cessante nell'azione di arricchimento», *NGCC*, 2009, núm. 4, pp. 313-327.

Comentario jurisprudencial relativo a las funciones del enriquecimiento sin causa y a las diferencias de esta figura jurídica con la acción de daños. (*Alma R. G.*)

DI MARZIO, M.: «Danno non patrimoniale: grande è la confusione sotto il cielo, la situazione non è eccellente», *NGCC*, 2009, núm. 2, pp. 122-129.

Comentario jurisprudencial sobre el daño no patrimonial por incumplimiento de contrato. (*Alma R. G.*)

DIMOLITSA, A.: «L'office de l'arbitre dans les procédures par défaut», *GP*, 2008, núm. 289-290, pp. 9-14.

Situaciones donde el árbitro ha de actuar cuando falta alguna de las partes del procedimiento. Su función en cada una de ellas. (*R. A. R.*)

DUPICHOT, Ph.: «La fiducie-sûreté en pleine lumière», *SJ*, 2009, núm. 14, I-132, pp. 23-27.

Análisis de la Ordenanza de 30 de enero de 2009, núm. 2009-112 que contiene medidas sobre la fiducia como figura de garantía. Su utilidad actual ante la situación económica. (*I. S. P.*)

EICHELBERGER, J./ ZENTNER, L. M.: «Tiere im Kaufrecht», *JuS*, 2009, núm. 3, p. 201.

El artículo analiza los problemas específicos que la compraventa de animales plantea en la nueva regulación de este contrato. (*B. T. G.*)

FACHECHI, A.: «Credito al consumo: funzione economico-sociale e istanze di tutela», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 1, pp. 264-275.

Síntesis del Congreso sobre crédito al consumo organizado por la Università Politecnica delle Marche en Ancona el 7 de marzo de 2008, en el que se afrontó el tema indicado desde una perspectiva interdisciplinaria. (*B. F. G.*)

FARACE, D.: «Incertezze giurisprudenziali sulla consensualità del mutuo di scopo», *RDC*, 2009, núm. 2 parte seconda, pp. 163-170.

Comentario a la sentencia de Cass., Sez. III civ., 3 dicembre 2007, n. 25180, que diferencia el contrato de mutuo de financiación, del mutuo simple. (*M. R. D. R.*)

FARSACI, B.: «Risolto il contrasto giurisprudenziale in tema di inosservanza della clausola di regolazione del premio e sospensione della garanzia assicurativa ex art. 1901 c.c.– nota a Cass., sez. un., 28 febbraio 2007 n. 4631», *GC*, 2008, núm. 12, pp. 3006-3009. (*M. R. D. R.*)

FEBBRAJO, T.: «Violazione delle regole di comportamento nell'intermediazione finanziaria e nullità del contratto: la decisione delle sezioni unite – nota a Cass., sez. un., 19 dicembre 2007 n. 26725 e 26724», *GC*, 2008, núm. 12, pp. 2785-2801. (*M. R. D. R.*)

FENOLL-TROUSSEAU, M.P./ MAUGER-VIELPEAU, L.: «Une nouvelle réforme des ventes volontaires de meubles aux enchères», *RDS*, 2008, núm. 32, pp. 2232-2233.

Cómo en 2000, el Derecho comunitario es el origen de una reforma de nuestro derecho de ventas voluntarias de muebles a entidades públicas. (*I. S. P.*)

FEOLA, M.: «Il danno da perdita delle chances di miglioramento della qualità e delle aspettative di vita del paziente», *NGCC*, 2009, núm. 3, pp. 293-302.

Comentario jurisprudencial acerca del daño consistente en la pérdida de oportunidades en el ámbito médico, en concreto, la pérdida de oportunidad de mejorar la calidad y expectativas de la vida del paciente. (*Alma R. G.*)

FICI, A.: «Compravendita di partecipazioni sociali e mancanza di qualità – nota a Cass. 19 luglio 2007 n. 16031», *GC*, 2008, núm. 12, pp. 2905-2918. (*M. R. D. R.*)

FICO, V.: «La tormentata vicenda del frazionamento della tutela giudiziaria del credito – nota a Cass., sez. un., 15 novembre 2007 n. 23726», *GC*, 2008, núm. 12, pp. 2807-2819. (*M. R. D. R.*)

FÖTSCHL, A.: «Zinsen auf außervertragliche Geldforderungen im Rechtsvergleich und eine Analyse der Zinsnormen des Draft Common Frame of Reference (DCFR)», *ERPL*, núm. 2, 2009, pp. 89-111.

Estudio comparado de los intereses en los créditos derivados de responsabilidad extracontractual, junto a un análisis de las normas sobre intereses en el Marco Común de Referencia. (*M. G.-R.*)

FRANCISETTI, M.: «La natura del danno da protesto illegittimo – nota a Cass. 30 agosto 2007 n. 18316», *GC*, 2008, núm. 12, pp. 2865-2880. (*M. R. D. R.*)

FRANZONI, M.: «I diritti della personalità, il danno esistenziale e la funzione della responsabilità civile», *CI*, 2009, núm. 1, pp. 1-23.

Artículo dedicado al daño existencial en cuanto nuevo daño no patrimonial. (*Alma R. G.*)

GALLI, M.: «Annullamento dell'aggiudicazione e "caducazione" del contratto», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 1, pp. 213 a 229.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Cassazione*, de 15 de abril de 2008 sobre el régimen de los contratos con las administraciones públicas. En concreto, se ocupa de la situación del contrato tras la anulación del concurso público. La jurisprudencia, de la que no se separa la sentencia comentada, declara la invalidez del contrato en dichos casos. El autor lleva a cabo el comentario a la luz de los principios de origen comunitario y del nuevo Código de los contratos públicos (d.lg. de 12 de abril de 2006, núm. 163). (*B. F. G.*)

GAZZONI, F.: «Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra», *DFP*, 2009, núm. 1, pp. 73-115.

Dudas sobre la configuración del daño existencial como una categoría autónoma o como una subclase de daño no patrimonial. (*Alma R. G.*)

DE GEEST, G./KOVAC, M.: «The Formation of Contracts in the Draft Common Frame of Reference», *ERPL*, núm. 2, 2009, pp. 113-132.

Estudio de las normas del Proyecto de Marco Común de Referencia desde el punto de vista del análisis económico del Derecho. Se señala que aquel a quien le cuesta menos obtener la información sobre las circunstancias del contrato debe comunicarlas a la otra parte. (*M. G.-R.*)

GILIKER, P.: «European Tort Law: Five Key Questions for Debate», *ERPL*, núm. 3, 2009, pp. 285-304.

La autora se plantea una serie de cuestiones que considera necesarias para la armonización del Derecho europeo sobre responsabilidad extracontractual, teniendo en cuenta los principios comunes publicados por el *Study Group on an European Civil Code*. (M. G.-R.)

GIROLAMI, M.: «Risoluzione, mutuo dissenso e tutela dei terzi», *RDC*, 2009, núm. 2 parte prima, pp. 181-225.

Estudio del ámbito de aplicación del artículo 1458.2 del Código civil, relativo a los efectos de la resolución frente a terceros, y de la disolución del contrato por mutuo dissenso, en relación a los efectos frente a terceros, especialmente en los casos de donación. (M. R. D. R.)

GORNY, A.: «La faute de la victime en droit de la santé : où en est-on en 2008?», *GP*, 2008, núm. 275-276, pp. 5-11.

La falta de la víctima rompe el lazo de causalidad entre la acción y el daño. Justificación de dicha causa de exoneración de responsabilidad en el ámbito médico. (R. A. R.)

GORY, C.: «Tourisme en crise, contentieux en masse...», *GP*, 2009, núm. 177-178, pp. 3-5.

El autor analiza las causas de la crisis del turismo en Francia así como el proyecto de modernización y desarrollo de los servicios turísticos, para potenciar la responsabilidad de los agentes de viajes. (I. S. P.)

GRASSI, U.: «I danni non patrimoniali ed il “doppio” art. 2043 c.c.», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 4, pp. 943-987.

Amplio artículo relativo al resarcimiento del daño no patrimonial en el Ordenamiento italiano. La contribución cabría dividirla en dos partes. En la primera el lector encontrará una síntesis de los pronunciamientos jurisprudenciales que más han influido en la configuración de la relación entre el artículo 2043 c.c. (*Risarcimento per fatto illecito*) y el artículo 2059 c.c. (*Danni non patrimoniali*). La segunda parte se centra en el denominado *danno esistenziale* y en la función de la responsabilidad civil. El autor es partidario de un replanteamiento del Derecho de Daños que acoja en su seno una función no sólo estrictamente compensatoria, sino también punitivo-preventiva. (B. F. G.)

GRASSO, L.: «*Mobbing* e maltrattamenti: il punto di vista del giudice», *DFP*, 2008, núm. 4, pp. 2083-2090.

La controvertida noción de *mobbing* en sus implicaciones jurídicas y, en especial, penales. La reconducción del *mobbing* a la hipótesis de maltrato en base a su más reciente casuística. (Alma R. G.)

GRAZIADIO, S.: «Garanzie legali e convenzionali di conformità al contratto nella vendita *on line* di beni mobili di consumo», *CI*, 2008, núm. 6, pp. 1394-1424.

Artículo sobre la venta *on line* de bienes de consumo. (Alma R. G.)

GSELL, B / SCHELLHASE, H. M.: «Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – Ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?», *JZ*, 2009, núm. 1, p. 20.

El artículo se plantea la armonización del derecho de crédito al consumo como un modelo de armonización del derecho de protección de los consumidores en Europa. (B. T. G.)

GUARDA, P.: «Il passero (solitario) e la risarcibilità dei danni cagionati dalla fauna selvatica», *NGCC*, 2009, núm. 4, pp. 383-390.

Comentario jurisprudencial relativo a la responsabilidad civil por los daños ocasionados por animales salvajes. (Alma R. G.)

HABERL, S.: «Antidiscriminazione e stato liberale di diritto. Lo svilupp. della tutela antidiscriminatoria nel diritto tedesco dei contratti», *RTDPC*, 2009, núm. 1, pp. 233-258.

Observaciones sobre las formas y modelos de tutela antidiscriminatoria en el derecho de contratos germano. (M. R. D. R.)

HENRY, X.: «Brèves observations sur le projet de réforme de droit des contrats... et ses commentaires», *RDS*, 2009, Núm. 1, pp. 28-29.

La necesidad de un estudio global para llevar a cabo una reforma profunda. (I. S. P.)

HEUGAS-DARRASPEN, H.: «Le prêt « pass-foncier », vecteur principal de l'accession sociale à la propriété dans le neuf ?», *GP*, 2009, núm. 7-8, pp. 384-401.

Análisis de un nuevo sistema de financiación preferencial a cambio de reservar el 1% de los alojamientos a un mecanismo de acceso social. Estudio por regiones en Francia, con cálculos matemáticos. (R. A. R.)

HEY, F. C.: «Die Geschäftsführung ohne Auftrag», *JuS*, 2009, núm. 5, p. 400.

El artículo examina la jurisprudencia actual en materia de gestión de negocios ajenos sin mandato. (B. T. G.)

HIRSCH, C.: «Schadensersatz nach Verkehrsunfall – Reparaturkosten oder Wiederbeschaffungsaufwand?», *JuS*, 2009, núm. 4, p. 299.

El autor analiza sistemáticamente cuatro fallos del BGH de 2008 sobre el problema de la fijación de la indemnización de daños y perjuicios en el supuesto de accidentes de circulación. (B. T. G.)

HUBER, M.: «Forderungssicherungsgesetz – Neues aus der zivilrechtlichen Reformküche des Gesetzgebers», *JuS*, 2009, núm. 1, p. 23.

El 1 de enero de 2009 entró en vigor la *Gesetz zur Sicherung von Werkunternehmeransprüchen und zur verbesserten Durchsetzung von Forderungen* (FoSiG de 23.10.2008). Entre otras materias afecta a los contratos de obra y los contratos celebrados con consumidores. (B. T. G.)

HUBER, U.: «Modellregeln für ein Europäisches Kaufrecht», *ZEuP*, núm. 4, 2008, pp. 708-744.

Estudio de las normas de compraventa en el llamado Marco Común de Referencia (CFR). Las reglas se basan fundamentalmente en el Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, y en la Directiva comunitaria sobre compraventa de bienes de consumo de 1999; y se refieren fundamentalmente a la compraventa de bienes muebles, excluyendo expresamente la compraventa de inmuebles. El autor es

bastante crítico con el proyecto, señalando que le falta madurez, como se muestra en la insuficiente definición del concepto «vicio», la desgraciada (*sic*) regulación del traspaso del riesgo y las excesivas reglas sobre las garantías en la venta de bienes de consumo. (*M. G.-R.*)

IZZO, N.: «L'indebito locatizio e il superamento della buona fede – osservazione a Cass. 26 gennaio 2009 n. 1861», *GC*, 2009, núm. 3, pp. 566-568. (*M. R. D. R.*)

JÉGOUZO, L.: «La réforme des agences de voyages ou le voyage d'Ulysse», *GP*, 2009, núm. 177-178, pp. 6-12.

Análisis de la profesión de agente de viajes desde el derecho europeo. Tendencia a la simplificación y armonización del Derecho del turismo manteniendo la garantía al consumidor. (*R. A. R.*)

KELLNER, M.: «"Tort Law of the European Community": A Plea for an Overarching Pan-European Framework», *ERPL*, núm. 2, 2009, pp. 133-154.

Estudio comparado de la responsabilidad extracontractual en Europa, y crítica de la falta de una base coherente en el Derecho comunitario respecto de esta cuestión. (*M. G.-R.*)

KLESTA, L.: «Responsabilità sanitaria e prassi trasfusionale: l'esperienza francese (*l'affaire du sang contaminé*)», *NGCC*, 2009, núm. 1, pp. 57-68.

La responsabilidad de los diversos integrantes de la estructura sanitaria por el daño producido al paciente a causa de la realización de una transfusión sanguínea. (*Alma R. G.*)

KUNTZ, Th.: «Angemessenheit weiter fomularmässiger Zweckerklärungen bei Globalbürgschaften, Grundschulden und anderen Sicherungsrechten», *AcP*, núm. 2, 2009, pp. 242-284.

El Tribunal Supremo alemán ha declarado que la declaración del fiador de obligarse más allá del objeto de la obligación principal o de obligarse por deudas futuras es inadecuada conforme al § 307 BGB, referido al control de contenido de las condiciones generales de la contratación. Sin embargo, el mismo Tribunal Supremo no aplica esta jurisprudencia a otras garantías como la deuda real (*Grundschuld*), la hipoteca o la prenda. Esto ha sido ácidamente criticado por la doctrina alemana. Frente a ella, el autor considera que no están sujetas al control de contenido las fianzas que establecen un máximo de responsabilidad del fiador, porque este ha definido *ex ante* el máximo de su responsabilidad; por la misma razón, lo mismo sucede con las hipotecas de deuda real y las hipotecas de tráfico. (*M. G.-R.*)

LACHAUD, Y./ BELLEVILLE, T.: «Collaboration libérale et salariat : les nouveaux modes d'exercice entree médecins», *GP*, 2009, núm. 126-127, pp. 2-7.

Formas de ejercicio de la profesión médica y sus consecuencias para el profesional y sus pacientes. (*I. S. P.*)

LACHIÈZE, Ch.: «Code de la consommation et Code du tourisme: conflit ou concorde?», *SJ*, 2009, núm. 21, I-145, pp. 15-16.

Conflicto entre la regulación de la responsabilidad civil de los agentes de viajes en el Código de turismo y en el Código de consumo. Según el autor ambas regulaciones han de complementarse una a otra. (*I. S. P.*)

LAGARDE, X.: «Réforme de la prescription en matière civile : entre simplifications et incertitudes», *GP*, 2009, núm. 100-101, pp. 2-5.

Análisis de la prescripción a raíz de su reciente reforma. Naturaleza de la prescripción; duración; causas de suspensión e interrupción; etc. (*I. S. P.*)

LAMAIRE, S.: «Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I», *RDS*, 2008, núm. 31, pp. 2157-2161.

Sobre el contenido del preámbulo y su aportación jurídica. (*I. S. P.*)

LAMORGESE, A.: «Considerazioni sparse sulla responsabilità degli intermediari finanziari nella giurisprudenza», *GC*, 2009, núm. 1, pp. 17-28.

Consideraciones acerca de la responsabilidad de los intermediarios financieros por incumplimiento del deber de información a sus clientes sobre sus normas y procedimiento de actuación y de los requisitos de forma de los contratos. (*M. R. D. R.*)

LANDI, R.: «"Un toro è tale anche se sterile?" Assenza di capacità riproduttiva e progettualità negoziale nella compravendita di un toro da monta: vizio redibitorio, mancanza di qualità o *aliud pro alio datum?*», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 4, pp. 1178-1204.

Comentario a la sentencia de la *Corte di Appello* de Salerno, de 8 de febrero de 2007, relativa a los vicios en la compraventa de animales con patologías. Según el artículo 1496 CC italiano la garantía por vicios en la venta de animales está regulada por leyes especiales, en su defecto por los usos locales y, en defecto de los dos anteriores, por las normas generales del código civil sobre vicios en la compraventa. La autora critica la decisión por no haber profundizado en un tema como es la distinción entre vicios redhibitorios, ausencia de calidad y *aliud pro alio datum*. El comentario se ocupa del análisis de estas figuras en general y en el caso particular resuelto por la sentencia comentada. (*B. F. G.*)

LA TORRE, M. E.: «Premesse generali per uno studio sull'ospitalità fra rapporti di cortesia e autonomia negoziale», *GC*, 2009, núm. 3, pp. 105-133.

Observaciones acerca de la responsabilidad civil de los hoteleros o dueños de instalaciones turísticas de hospedaje por la custodia de los bienes introducidos por los clientes en sus instalaciones. (*M. R. D. R.*)

LANDO, O.: «Have the PECL Been a Success or a Failure?», *ERPL*, núm. 3, 2009, pp. 367-375.

El celebrado autor danés estudia el impacto de los Principios del Derecho Contractual Europeo (PECL), redactados bajo su dirección. En el artículo se pone de manifiesto que han influido en las reformas legislativas de distintos países, así como en el Marco Común de Referencia. Por último, se plantea la posibilidad de que realmente se promulgue un Derecho contractual único para toda la Unión Europea. (*M. G.-R.*)

LARROUMET, Ch.: «De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat (à propos du projet de réforme du droit des contrats)», *RDS*, 2008, núm. 35, pp. 2441-2442.

Si se quiere suprimir la causa no hace falta más que reemplazarla por una noción imprecisa y generadora de controversias. (*R. A. R.*)

— «Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français», *GP*, 2008, núm. 289-290, pp. 5-8.

Situación polémica de la doctrina francesa sobre la obligación o no de moderar el daño ante el principio de reparación integral de los daños sufridos. Según el autor, dicha obligación de moderación puede encontrarse en la causalidad. (*I. S. P.*)

LEGUAY, G.: «Système français d'assurance-construction et droit européen : préserver le présent et construire l'avenir», *GP*, 2009, núm. 7-8, pp. 412-416.

El autor comienza defendiendo el sistema de garantías establecido por el Derecho francés para la construcción y critica la posibilidad de un cambio motivado por el Derecho europeo. Por ello, presenta armas a utilizar por el legislador francés. (*R. A. R.*)

LILLEHOLT, K.: «Notes on the Proposal for a New Directive on Consumer Rights», *ERPL*, núm. 3, 2009, pp. 335-343.

El autor escandinavo se centra en las posibles implicaciones de la propuesta de Directriz comunitaria de la Comisión Europea sobre los derechos de los consumidores. Según este profesor, no supondrá mejoras sustanciales en la protección de los consumidores. (*M. G.-R.*)

MACCARI, M.V.: «Diritto di prelazione a favore del conduttore e vendita in blocco», *NGCC*, 2009, núm. 3, pp. 264-268.

Comentario jurisprudencial sobre el derecho de adquisición preferente del arrendatario en la hipótesis de venta en bloque del bien arrendado. (*Alma R. G.*)

MACIOTTI, M.: «Consenso informato e biobanche di ricerca», *NGCC*, 2009, núm. 3, pp. 153-165.

Artículo sobre el consentimiento informado del paciente y el derecho que tiene a revocar dicho consentimiento. (*Alma R. G.*)

MAISTO, F.: «L'esecuzione secondo buona fede dei contratti collegati», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 3, pp. 855-866.

Comentario al laudo arbitral dictado en Roma el 4 de octubre de 2007, relativo a una complicada operación de privatización de un grupo de empresas llevada a cabo mediante múltiples contratos vinculados entre sí. La cuestión en la que se detiene el autor es la que concierne a la posibilidad de oponer la excepción de contrato incumplido en relación con obligaciones dimanantes de contratos vinculados pero entre las que no existe sinalagma. La tesis defendida en el comentario es afirmativa, pero parte de un concepto de contratos vinculados alejado de la dogmática más tradicional. (*B. F. G.*)

MALAUURIE, Ph.: «La réforme de la prescription civile», *SJ*, 2009, núm. 15, I-134, pp. 15-19.



Análisis de la Ley de 17 de junio de 2008 que ha modificado la regulación del Código civil francés en materia de prescripción. Críticas doctrinales a dicha reforma por la falta de reglas generales y más simples, al mantenerse la mayoría de los plazos anteriores. (R. A. R.)

MALINVAUD, Ph.: «Points de vue - Le contenu certain du contrat dans l'avant-projet de code des obligations ou le stoemp bruxellois aux l#2», *GP*, 2008, núm. 36, pp. 2551-2552.

El autor critica el lenguaje empleado en el proyecto de Código de obligaciones. (I. S. P.)

MANTOVANI, M.P.: «I vizi redibitori nel contratto di compravendita», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 1, pp. 58-101.

La autora pone de manifiesto las dificultades prácticas existentes como consecuencia del distinto régimen jurídico aplicable a los supuestos de vicios redhibitorios, falta de conformidad de la cosa vendida y *aliud pro alio*, así como de la propia delimitación entre los tres supuestos. En la línea de la Directiva 99/44/CE, la autora aboga por un sistema unitario de tutela del comprador. (B. F. G.)

MARCHADIER, F.: «La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme», *RTDC*, 2009, núm. 2, pp. 245-268.

La creciente petición de reparación de daños conforme al Derecho europeo ha motivado que la víctima tenga la carga de asumir el daño que ha podido sufrir. Nuevo camino de petición fuera de los principios clásicos de la responsabilidad civil. (R. A. R.)

MARINI, R.: «Ingiuria grave e revocazione delle donazioni per ingratitudine – nota a Cass. 24 giugno 2008 n. 17188», *GC*, 2009, núm. 1, pp. 148-151. (M. R. D. R.)

MARK, V.: «Review of the Consumer Acquis: Towards a Maximun Harmonization?», *ERPL*, núm. 1, 2009, pp. 55-73.

La autora presenta una valoración crítica de la cuestión de la armonización de máximo nivel propuesta por la Comisión Europea en el Libro Verde de la Revisión del Acervo Comunitario en Materia de Consumo [Documento COM(2006) 744 final de 8 de febrero de 2007]. (M. G.-R.)

MASONI, R.: «I Testimoni di Jehová tra legittimità, merito ed amministrazione di sostegno», *DFP*, 2009, núm. 1, pp. 50-73.

Comentario jurisprudencial sobre el reconocimiento del derecho del enfermo a rechazar los tratamientos médicos para su curación. En concreto, el rechazo de transfusiones por parte de Testigos de Jehová. (Alma R. G.)

MAZEAUD, D.: «Réforme du droit des contrats: haro, en Héroult, sur le projet!», *RDS*, 2008, núm. 38, pp. 2675-2680.

La reforma del Derecho de contratos suscita muy vivas controversias. Carta abierta a un autor que ha emitido opiniones muy negativas. (I. S. P.)

MIGLIACCIO, E.: «Appunti sulla *par condicio creditorum* (a margine di un recente contributo)», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 4, pp. 1050-1079.

Reflexiones sobre el significado y alcance actual de la *par condicio creditorum*, a partir del trabajo de O. De Cicco *Le classi di creditori nel concordato preventivo. Appunti sulla par condicio creditorum* (Nápoles 2007), relativo a la figura concursal del «concordato preventivo», introducido por la Ley de 14 de mayo de 2005, núm. 80. (B. F. G.)

MORLUPO, P.: «Il Diritto dei consumi: realtà e prospettive», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 1, pp. 276-280.

Síntesis de la jornada de presentación del libro del que toma el título el presente artículo, presentación que tuvo lugar en el «Centro di studi giuridici sui diritti dei consumatori» con sede en la Universidad de Perugia y que tiene establecidos vínculos con diversas universidades españolas. En dicho libro cabe encontrar contribuciones que abordan el derecho de consumo desde tres perspectivas distintas: la civil, la comparatista y la empresarial. (B. F. G.)

MOULY, J.: «Première application de la jurisprudence Costedoat à un accident de la circulation impliquant un véhicule conduit par un préposé», *SJ*, 2009, núm. 28, pp. 18-20.

Estudio de la sentencia de la Corte de casación civil, sección 2.<sup>a</sup>, de 28 de mayo de 2009 sobre falta de responsabilidad de un conductor impuesto si se ha atendido a las órdenes fijadas. (I. S. P.)

MUCCIOLI, N.: «Osservazioni in tema di danno meramente patrimoniale», *NGCC*, 2008, núm. 12, pp. 430-445.

Análisis del resarcimiento del daño al patrimonio. Del derecho subjetivo al interés digno de tutela. Contacto social y obligaciones de protección. Responsabilidad por informaciones falsas o inexactas. Daño por violación de la normativa *antitrust*. (Alma R. G.)

MUSCETRA, S.: «Note in tema di responsabilità del medico sperimentatore », *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 4, pp. 1080-1107.

El estudio se refiere a la responsabilidad médica en el ámbito de la actividad experimental, entendida como aquella actividad dirigida a probar nuevas terapias médico quirúrgicas, nuevos fármacos, nuevas técnicas de diagnóstico y de curación en general. Las normas relativas a la medicina experimental se ocupan fundamentalmente del control preventivo y sólo marginalmente de la responsabilidad. La autora no comparte la opinión de quienes proponen la aplicación del artículo 2050 CC italiano, relativo a la responsabilidad por actividades peligrosas pues, en opinión de la autora, conduce a resultados no siempre satisfactorios. Sus principales críticas se refieren a la provocación de una medicina defensiva, derivada de la inversión de la carga de la prueba de la culpa que se deriva de dicho precepto, y a la existencia de supuestos en los que las víctimas no reciben ningún tipo de tutela resarcitoria al haberse adoptado todas las medidas exigibles y haber obrado el médico con toda la diligencia exigible. La propuesta de la autora se dirige hacia una indemnización a cargo del Estado, que surja con independencia de la conducta del médico, unida a medidas de aseguramiento obligatorio. (B. F. G.)

MUTHORST, O.: «Der Anspruch auf Befreiung von der Eventualverbindlichkeit», *AcP*, 2009, núm 2, pp. 212-241.

El BGB prevé en distintos preceptos (fundamentalmente §§ 257 y 738) que un deudor pueda exigir a un tercero que le libere de su deuda. En el trabajo que se comenta el autor se plantea el problema de que la deuda sea de existencia discutida, eventual, y qué actitud han de adoptar entonces el deudor originario y aquél que debe liberarle de ella. Para el autor, el derecho a ser liberado de una deuda eventual depende del hecho de que el supuesto deudor pueda alegar y probar la deuda al que eventualmente ha de hacerse cargo de ella, dando noticia incluso al que ha de liberarle de la deuda del posible pleito que el deudor primitivo tenga con un tercero a propósito de la susodicha deuda. (*M. G.-R.*)

NAVARETA, E.: «Danni non patrimoniali: il compimento della *Drittwirkung* e il declino delle antinomie», *NGCC*, 2009, núm. 2, pp. 79-89.

Artículo acerca de la fragilidad conceptual de la teoría del daño existencial. (*Alma R. G.*)

NAVONE, L.C.: «Il divieto del patto commissorio nell'ermeneutica contrattuale: la linea di confine tra il patto vietato e la *datio in solutum*», *NGCC*, 2008, núm. 12, pp. 1439-1446.

Comentario jurisprudencial sobre la aplicación de la prohibición del pacto comisorio a las ventas en garantía. La determinación de la frontera existente entre el pacto comisorio y la *datio in solutum*. La actual razón de la prohibición del pacto comisorio. (*Alma R. G.*)

NOCCERA, I.L.: «Risoluzione per inadempimento e riduzione *ex officio* della clausola penale nel *leasing*», *NGCC*, 2009, núm. 3, pp. 237-242.

Comentario jurisprudencial relativo al contrato de arrendamiento financiero, resolución del contrato por incumplimiento y facultad de reducción judicial de la cláusula penal onerosa. (*Alma R. G.*)

NOGUERO, D.: «Interpretation du contrat d'assurance en faveur de l'assuré consommateur», *SJ*, 2009, núm. 29-30, pp. 12-15.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte de casación civil, Sección 2, de 9 de abril de 2009, destacando la regla de interpretación a favor del asegurado consumidor. (*I. S. P.*)

OUDOT, P.: «L'application et le fondement de la loi du 19 mai 1998 instituant la responsabilité du fait des produits défectueux: les leçons du temps», *GP*, 2008, núm. 319-320, pp. 6-12.

Crítica a la intención legislativa de fundar la responsabilidad por productos defectuosos como una responsabilidad objetiva, de pleno derecho o por riesgo. Durante los diez años de la nueva regulación se tiende a una regulación subjetiva de los profesionales que intervienen. (*I. S. P.*)

PAISANT, G.: «Proposition de directive relative aux droits des consommateurs. Avantage pour les consommateurs ou faveur pour les professionnels?», *SJ*, 2009, núm. 9, I-118, pp. 11-16.

Problemas que ve el autor de la trasposición de la directiva europea de 8 de octubre de 2009 sobre derecho de los consumidores debido a la crisis económica actual. Regresión en lugar de progreso y armonización. (*R. A. R.*)

PENNAZIO, R.: «Permuta, sopravvenienza e alterazione del sinallagma», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 4, pp. 1144-1151.

Comentario crítico de la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 25 de mayo de 2007 sobre resolución de un contrato de permuta por excesiva onerosidad. En el caso concreto el Ayuntamiento de Génova y una empresa siderúrgica celebran un contrato de permuta cuyos objetos están constituidos por un terreno de la empresa y una determinada cantidad de agua para uso industrial, a suministrar por el Ayuntamiento en un plazo de veinte años. Como consecuencia del incorrecto funcionamiento de la depuradora por causas ajenas a ambos contratantes, la empresa se ve obligada a solicitar el suministro de agua a acueductos privados, con el incremento de los costes que ello conlleva. El Ayuntamiento demanda a la empresa solicitando la resolución del contrato por excesiva onerosidad y, subsidiariamente, la disolución del vínculo contractual por desaparición del que, a su juicio, constituía presupuesto común para la celebración del contrato (el correcto funcionamiento de la depuradora). La demandada reconviene solicitando el importe de lo pagado a los acueductos privados, así como la indemnización de los daños y perjuicios. A los efectos del presente comentario, interesa resaltar que el Alto Tribunal excluye la aplicación al caso concreto de los dos institutos invocados por el Ayuntamiento (excesiva onerosidad y falta del presupuesto del contrato). (B. F. G.)

PFEIFFER, Th.: «Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference», *ZEuP*, núm. 4, 2008, pp. 679-707.

Análisis de las normas del llamado Marco Común de Referencia (CFR) referidas al contrato en general. Se destaca que esas normas siguen en lo fundamental los Principles of European Contract Law (PECL), de la llamada Comisión Lando, con la incorporación del llamado *Acquis* Comunitario. El autor trata sólo algunas de las principales reglas, especialmente aquellas que se desvían de los PECL. En su opinión, la regulación pretendida es demasiado detallista, y tampoco valora positivamente el estilo de redacción. (M. G.-R.)

PIEDELÌÈVRE, S.: «Brèves remarques sur les nouvelles dispositions du code de la consommation dues a la loi du 12 mai 2009», *GP*, 2009, núm. 149-150, pp. 2-5.

Análisis de la Ley núm. 2009-526, de 12 de mayo de 2009, que simplifica y clarifica el derecho y los procedimientos en el ámbito del consumo. (I. S. P.)

PINTO MONTEIRO, A.: «Sul diritto del consumatore in Portogallo e l'Avanprogetto del Codice del consumatore», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 3, pp. 784-807.

Este interesante artículo, que tiene su origen en la ponencia presentada al Congreso Internacional «La tutela del contraente tra persona e mercato», celebrado en Termoli en el año 2006, se ocupa de explicar de manera clara y concisa la situación actual, la evolución histórica y las perspectivas de futuro del Derecho de consumo en el Ordenamiento jurídico portugués. (B. F. G.)

PONZANELLI, G.: «La prevista esclusione del danno esistenziale e il principio di integrale riparazione del danno: verso un nuovo sistema di riparazione del danno alla persona», *NGCC*, 2009, núm. 2, pp. 90-95.

Comentario jurisprudencial sobre la admisión del resarcimiento de la categoría jurídica del daño existencial. (*Alma R. G.*)

PORCHERON, S.: «Du nouveau dans la responsabilité de l'agence de voyages?», *GP*, 2009, núm. 177-178, pp. 13-17.

Análisis de la responsabilidad de las agencias de viaje desde el artículo 23,1.º de la Ley de 13 de julio de 1992, incluido en el artículo L.211-17 del Código de turismo. Responsabilidad de pleno derecho del profesional; modificación legal prevista en el proyecto de ley; consecuencias para la víctima que no viaja sino que regala el viaje. (*I. S. P.*)

PROSPERI, F.: «Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)», *CI*, 2008, núms. 4-5, pp. 936-981.

Las consecuencias jurídicas que posee la vulneración de la obligación de información por parte del intermediario financiero: la naturaleza del problema y las vacilaciones de la jurisprudencia. La violación de la obligación de información, a caballo entre la responsabilidad precontractual y la nulidad virtual. (*Alma R. G.*)

QUERCI, A.: «L'indennizzo ai danneggiati da vaccinazioni e trasfusioni di sangue ed i suoi rapporti con il risarcimento», *NGCC*, 2009, núm. 4, pp. 346-354.

Comentario jurisprudencial sobre la naturaleza de la indemnización a favor de sujetos dañados por complicaciones de tipo irreversible, a causa de vacunaciones obligatorias y transfusiones. (*Alma R. G.*)

RICCIO, A.: «Il risarcimento del maggior danno nelle obbligazioni pecuniarie?», *CI*, 2008, núm. 6, pp. 1228-1142.

La reparación del daño causado por la mora del deudor en las obligaciones pecuniarias. (*Alma R. G.*)

RINALDI, F.: «L'allargamento della nozione di consumatore: una questione di eguaglianza?», *NGCC*, 2009, núm. 1, pp. 39-56.

La ampliación de la noción de consumidor: discusión sobre si es un concepto uniforme; inclusión dentro de la noción de consumidor de las personas jurídicas, públicas o privadas, y la hipótesis del consumidor-tercero no contratante. (*Alma R. G.*)

RIZZO, N.: «Interessi corrispettivi e risarcimento del danno da mora», *NGCC*, 2009, núm. 1, pp. 26-38.

Nuevo pronunciamiento del Tribunal Supremo italiano sobre la cuestión del daño que surge a causa de la mora del deudor en las obligaciones pecuniarias: la función de los intereses y criterios de cuantificación del resarcimiento, de los intereses legales y tasa de mercado. (*Alma R. G.*)

ROSSETTI, M.: «La liquidazione del danno patrimoniale da perdita o riduzione della capacità di guadagno – nota a Cass. 10 ottobre 2007 n. 21258», *GC*, 2008, núm. 12, pp. 2833-2840. (*M. R. D. R.*)

SABBATELLI, I.: «Domanda del terzo trasportato e regole di responsabilità civile», *NGCC*, 2008, núm. 12, pp. 1464-1468.

Comentario jurisprudencial sobre el resarcimiento del daño causado al tercero transportado y la acción directa de éste frente a la compañía aseguradora. (*Alma R. G.*)

SCHULTZ, M.: «Rights Through Torts: The Rise of a Rights Discourse in Swedish Tort Law», *ERPL*, núm. 3, 2009, pp. 305-333.

El trabajo estudia el cambio experimentado en el Derecho sueco de la responsabilidad extracontractual en virtud del desarrollo de la doctrina de los derechos y libertades fundamentales. La doctrina y práctica sueca ha sido escéptica en cuanto a la aplicación de los derechos y libertades fundamentales en el ámbito de la responsabilidad civil. (*M. G.-R.*)

SESTI, A.: «Attività del mediatore e nascita del diritto alla provvigione», *NGCC*, 2008, núm. 12, pp. 1430-1434.

Comentario jurisprudencial sobre la mediación en cuanto relación contractual de hecho. (*Alma R. G.*)

SIMEOLI, D.: «Il prezzo del consenso quale criterio di liquidazione del danno patrimoniale derivante dall'illecita pubblicazione dell'immagine altrui – osservazione a Cass. 16 maggio 2008 n. 12433», *GC*, 2009, núm. 3, pp. 709-711. (*M. R. D. R.*)

SLIM, H.: «Les avocats rattrapés par les revirements de jurisprudence», *SJ*, 2009, núm. 28, pp. 15-17.

Análisis de la sentencia de la Corte de casación civil, Sección 1, de 14 de mayo de 2009, sobre la falta de responsabilidad profesional del abogado en caso de apreciar un medio de defensa inoperante. (*R. A. R.*)

SINGH, A.: «Loi “Création et Internet” une obligation “floue” à la charge de l'internaute?», *RDS*, 2009, núm. 5, pp. 306-307.

Sobre la redacción del artículo L. 336-3 CPI (que propone introducir la ley «Creación en Internet»). (*R. A. R.*)

TARTAGLIA, P.: «Ancora le sezioni unite sul maggior danno: il definitivo superamento delle categorie creditorie – nota a Cass., sez., un., 16 luglio 2008 n. 19499», *GC*, 2009, núm. 1, pp.127-133. (*M. R. D. R.*)

TENELLA, C.: «L'arbitrato di equità tra regole e prassi», *NGCC*, 2009, núm. 4, pp. 167-210.

Comentario jurisprudencial acerca del arbitraje de equidad: ámbito de aplicación, la autorización de las partes, el juicio de equidad, los poderes de los árbitros, la decisión de equidad, las motivaciones del laudo y la impugnación del laudo por nulidad. (*Alma R. G.*)

THIBERT-BELAMAN, S.: «Le changement de destination d'un lot de copropriété au regard de la loi du 10 juillet 1965 modifiée», *GP*, 2009, núm. 95-97, pp. 13-18.

Cambio de destino de partes privativas y su influencia en la descripción del inmueble. Necesidad de acuerdo de la junta. (*R. A. R.*)

THOMAS, S.: «Preisfreiheit im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Begrenzungserfordernisse und Unwirksamkeitsfolgen fomularmä

ßiger Kostenelemente- und Preisvorbehaltsklauseln», *AcP*, núm. 1, 2009, pp. 84-129.

En contratos de larga duración es frecuente que se establezcan cláusulas de adaptación del precio según la evolución del mercado. Sin embargo, el Tribunal Supremo alemán ha declarado ineficaces algunas cláusulas de estabilización del precio cuando se trata de condiciones generales. El autor critica al Tribunal Supremo al establecer unas exigencias de concreción del precio que en la práctica son difícilmente realizables. (*M. G.-R.*)

TOMASELLI, A.: «Sul danno tanatologico: riflessioni e prospettive», *DFP*, 2008, núm. 4, pp. 2129-2161.

La evolución sufrida por la categoría jurídica del daño a la persona en la práctica jurisprudencial: del sistema resarcitorio originario a la consideración del «valor persona». Reconocimiento del daño biológico. La creación del daño existencial. En especial, el daño existencial sufrido por los cónyuges. (*Alma R. G.*)

TROISI, B.: «Appunti sul contratto a danno di terzi», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 3, pp. 719-731.

En el presente artículo puede encontrarse una reconstrucción de la disciplina del contrato en daño de tercero, que analiza separadamente los contratos con efectos reales y los contratos con efectos obligacionales. (*B. F. G.*)

UNBERATH, H.: «Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmen», *ZEuP*, núm. 4, 2008, pp. 745-774.

El autor estudia el contrato de servicios tal y como aparece en el Marco Común de Referencia. Su conclusión fundamental es que el Marco Común regula de forma demasiado detallada cada uno de los posibles tipos de contrato de servicios, lo que hace la armonización más difícil que si la regulación fuera menos detallada. En el fondo, la regulación tan concreta plantea el problema radical de qué función se supone que ha de tener el Marco Común. (*M. G.-R.*)

VENCHIARUTTI, A.: «Responsabilità per danni cagionati dall'infermo di mente», *NGCC*, 2009, núm. 1, pp. 61-67.

Comentario jurisprudencial sobre la responsabilidad de los hospitales y del profesional psiquiátrico por los daños causados por los enfermos mentales que se encuentran bajo su custodia. (*Alma R. G.*)

VIRGADAMO, P.: «La responsabilità civile oltre la colpa: passato e presente del danno da cose in custodia», *DFP*, 2008, núm. 4, pp. 1992-2042.

La responsabilidad civil por el daño causado por los bienes que se encuentran bajo custodia: del Derecho Romano al Código civil de 1865; regulación prevista en el vigente Código civil de 1942. La reparación del daño no patrimonial en el Código civil de 1865 y la responsabilidad objetiva en el mismo. La reparación del daño no patrimonial en el Código civil de 1942: la hipótesis de responsabilidad objetiva o culpa presunta. (*Alma R. G.*)

VV.AA.: «Arbitrage», *GP*, 2009, núm. 79-80.

Número especial sobre arbitraje. Control de los laudos por los jueces; la ley alemana de arbitraje y el nuevo derecho de Algeria. (*R. A. R.*)

ZITOUNI, F.: «La loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion: vers un nouvel ordre urbain?», *GP*, 2009, núm. 6, pp. 328-337.

Estudio sobre la denominada Ley «MOLLE» que recoge nuevos principios para el urbanismo en el ámbito de la planificación. (*I. S. P.*)

#### DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

BELLANI, V.: «I mille volti del diritto al nome del grupp. musicale», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 1, pp. 140-143.

Comentario jurisprudencial relativo a la protección del nombre de un grupo de música. (*Alma R. G.*)

BRUGUIÈRE, J.M.: «Loi “sur la protection de la création sur internet”: mais à quoi joue le Conseil constitutionnel ?», *RDS*, 2009, núm. 26, pp. 1770-1771.

Comentario a la decisión del Consejo constitucional de declarar no conforme a la Constitución el decreto sobre protección de la creación en Internet por ir en contra de la libertad de comunicación. (*R. A. R.*)

DIEU, F.: «Le droit de reconstruction à l'identique face à l'exception de sécurité», *GP*, 2009, núm. 7-8, pp. 402-411.

Restricciones a la reconstrucción idéntica de un edificio caído en caso de tempestad por razones de seguridad. Derecho de los propietarios modificado por la Ley de 12 de mayo de 2009 y la decisión del Consejo de Estado de 17 de diciembre de 2008. (*I. S. P.*)

FIMIANI, P.: «La dichiarazione di inservibilità nella retrocessione parziale dei beni espropriati- nota a Cass., sez., un., 5 giugno 2008 n. 14826», *GC*, 2008, núm. 3, pp. 688-692. (*M. R. D. R.*)

FITTANTE, A.: «Commento a sentenza Tribunale di Monza su tutela disegni e modelli», *Dir. Aut.*, 2009, núm.1, pp. 170-178.

Comentario jurisprudencial sobre los límites existentes a la aplicación de la tutela del derecho de autor a los productos clásicos del diseño. (*Alma R. G.*)

GEIGER, Ch.: «Vers une propriété intellectuelle éternelle ? La contestable extension de la durée de protection du droit d'a et de certains droits voisins», *RDS*, 2008, núm. 41, pp. 2880-2881.

Más vale proteger de manera eficaz y justa mediante la duración de los derechos actual que proteger ineficazmente durante largo tiempo. (*I. S. P.*)

GERBAY, N.: «Une place pour un droit de rétention ex dispari causa... ?», *GP*, 2009, núm. 18-20, pp. 3-10.

Estudio sobre el derecho de retención en la actualidad. Dudas sobre dicho derecho aún no resueltas a pesar de su utilidad. (*I. S. P.*)



MAGNANI, P.: «Proprietà intellettuale ed esposizioni: un museo della scienza», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 1, pp. 49-67.

Desarrollo de la protección de las exposiciones de obras de arte mediante el derecho de autor. (*Alma R. G.*)

MASTROPIETRO, B.: «Profili dell'atto di destinazione», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 4, pp. 988-1049.

Análisis del artículo 2645 ter CC italiano, relativo a la inscripción de los actos de destinación de bienes muebles o inmuebles registrados. La separación de dichos bienes del patrimonio del disponente que el acto conlleva exige el cumplimiento de los siguientes dos requisitos, recogidos en el propio precepto: el plazo durante el cual puede producirse esta separación no puede superar los 90 años o la vida del beneficiario; y la finalidad buscada por el acto debe responder a unos intereses dignos de tutela (*Meritevolezza dell'interesse*). Cumplidos dichos requisitos e inscrito el acto, éste será oponible a los terceros. La autora ofrece un minucioso estudio del precepto, en el que da cuenta de las diversas opciones doctrinales que existen en relación con las siguientes cuestiones: (a) la estructura del acto de destinación; (b) la determinación de los intereses que justifican la separación de patrimonios; (c) la oponibilidad del acto a terceros; (d) la gestión de los bienes; y (e) los conflictos que pueden llegar a producirse como consecuencia de la circulación de los bienes objeto de separación. Una parte significativa del trabajo se dedica a comparar la figura jurídica regulada en el precepto analizado con el *trust*. (*B. F. G.*)

MENOZZI, L.: «Diritto d'autore, proprietà industriale, proprietà intellettuale», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 1, pp. 68-75.

Búsqueda del significado preciso de los términos de derecho de autor, propiedad industrial y propiedad intelectual. (*Alma R. G.*)

MONTAGNANI, M.L.: «Proprietà intellettuale ed esposizioni di opere: la tutela delle banche di dati», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 1, pp. 1-48.

Propiedad intelectual y exposiciones de obras de arte: la normativa de los bancos de datos y la actividad de proyectos de las exposiciones. (*Alma R. G.*)

MULLER, F.: «Diffusione e riproduzione *on line* di opere d'arte figurativa e consenso dell'autore», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 1, pp. 152-169.

Calificación jurídica de los actos de utilización de obras de arte *on line*. (*Alma R. G.*)

PELEGATA, S.: «Il dogma della solidarietà e il problema delle obbligazioni condominiali (a un anno da Cass., sez. un., 8.4.2008, n. 9148)», *NGCC*, 2009, núm. 3, pp. 137-152.

Recientes resoluciones jurisprudenciales han sacado de nuevo a la luz el tema de la aplicación de la solidaridad en el ámbito de la propiedad horizontal. En concreto, se estudia en el artículo la naturaleza de las obligaciones asumidas por el administrador en interés de la comunidad de propietarios. (*Alma R. G.*)

PIEDELIEVRE, S.: «Le nouvel article 2286, 4°, du code civil», *RDS*, 2008, núm. 42, pp. 2950-2951.

La instauración de un derecho de retención para las prendas sin desplazamiento trastoca el derecho de seguridades reales. (*R. A. R.*)

SALVAGO, S.: «Occupazione espropriativa e prescrizione dell'indennizzo risarcitorio», *GC*, 2009, núm. 1, pp. 43-63.

Observaciones acerca del breve plazo de cinco años establecido para la reclamación por el daño causado por una ilícita expropiación de bienes inmuebles, realizada por la Administración para la realización de obras públicas. (*M. R. D. R.*)  
SCOZZAFAVA, O.: «Note in tema di garanzia», *CI*, 2008, núms. 4-5, pp. 855-866.

Artículo sobre la prohibición del pacto comisorio y su función de garantía. (*Alma R. G.*)

TOZZI, F.: «Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni sui contenuti creativi *on-line* nel mercato unico ed equilibrio del sistema del diritto di autore -Pirateria ed offerta lecita: alcune brevi considerazioni», *Dir. Aut.*, 2009, núm. 1, pp. 114-123.

Artículo relativo a la comunicación que la Comisión Europea ha dirigido el 3 de enero de 2008 al Consejo Económico y Social europeo sobre los contenidos creativos *on line* en el mercado único. (*Alma R. G.*)

VARI, B.: «La riforma dell'ipoteca convenzionale in Francia», *RDC*, 2009, núm. 2 parte prima, pp. 249-274.

Acercamiento al proceso de unificación del Derecho Privado Europeo, sobre todo en materia patrimonial, con especial revisión de las reformas introducidas en el Derecho francés en materia hipotecaria. (*M. R. D. R.*)

VV.AA.: «Droit des technologies avancées», *GP*, 2009, núm. 23-24. Estudios varios sobre protección de las creaciones en internet; filtros y logos; responsabilidad del servidor; etc. (*R. A. R.*)

ZARKA, J.C.: «La lutte contre le piratage dans le projet de loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet», *GP*, 2008, núm. 331-332, pp. 36-39.

Estudio a propósito del nuevo Proyecto de Ley presentado en Francia sobre la creación de obras en Internet. Análisis de su contenido, enmiendas y dificultades que plantea. (*I. S. P.*)

ZENATI-CASTAING, F.: «La proposition de refonte du livre II du code civil. Etude critique», *RTDC*, 2009, núm. 2, pp. 211-244.

El autor es contrario al proceso de reforma por partes del Código civil, por entender que obedece al intento de construir un Derecho Privado Europeo. Aparte de la crítica, analiza una a una las diversas instituciones del libro II según la nueva propuesta de la Asociación H. Capitant. (*I. S. P.*)

## DERECHO DE FAMILIA

AL MUREDEN, E.: «Conseguenze patrimoniali del divorzio e parità tra coniugi nelle “leading decision” inglesi: verso una nuova valenza dell’istituto matrimoniale», *RTDPC*, 2009, núm. 1, pp. 211-232.

Nuevos instrumentos de tutela del cónyuge débil en los procesos de divorcio del sistema inglés y novedad de la adopción de los criterios de distribución equitativa de los recursos familiares, según las aportaciones de los cónyuges y la duración del matrimonio. (*M. R. D. R.*)

ANTINOLFI, M.: «Sull’assegnazione della casa coniugale in assenza di figli: la Suprema Corte conferma, in buona sostanza, il proprio orientamento», *DFP*, 2008, núm. 4, pp. 1779-1798.

Comentario jurisprudencial sobre la atribución de la vivienda familiar tras la separación o el divorcio: ¿subsidio económico o instrumento de tutela del cónyuge débil y de los hijos? (*Alma R. G.*)

BOUTY, C.: «Pour une suppression du préalable obligatoire de conciliation en matière de divorce», *RDS*, 2008, núm. 39, pp. 2728-2729.

El tiempo muerto entre la ordenanza de no conciliación y la asignación en divorcio será suprimida, permitiendo así una mayor celeridad. (*I. S. P.*)

BUTRUILLE-CARDEW, Ch.: «Le droit de la famille du XXIème siècle : collaboratif ou pas?», *GP*, 2008, núm. 326-327, pp. 25-26.

Tendencia al derecho de familia colaborativo frente a la litigiosidad anterior. (*R. A. R.*)

CAIULO, M.: «Famiglie ricostituite: “puzzle” familiari», *DFP*, 2008, núm. 4, pp. 2105-2127.

Artículo dedicado a la transformación sufrida en los países occidentales por la institución de la familia tradicional, compuesta de padre, madre e hijos; y examen de los nuevos tipos de familia que han surgido en nuestra sociedad actual. (*Alma R. G.*)

CANONICO, M.: «Sentenze ecclesiastiche ed ordine pubblico: l’ultimo *vulnus* inferito al Concordato dalle Sezioni Unite», *DFP*, 2008, núm. 4, pp. 1874-1931.

Error y dolo en el consentimiento matrimonial canónico. El polémico principio del concurso de jurisdicciones en materia matrimonial. El orden público en materia de reconocimiento de las sentencias eclesiásticas de nulidad matrimonial. (*Alma R. G.*)

CASEY, G.: «Le divorce du majeur protégé», *GP*, 2008, núm. 326-327, pp. 20-24.

Análisis de las causas de divorcio, limitadas en este caso dada la situación del cónyuge así como de los efectos del divorcio. (*I. S. P.*)

— «Amélioration d’un bien personnel au sein du couple marié, pacsé u entre concubins : état des lieux», *GP*, 2009, núm. 158-160, pp. 8-12.

A propósito de dos sentencias de la Corte de casación civil francesa de 24 de septiembre de 2008, el autor analiza las diferencias de régimen jurídico en materia de bienes según que la pareja esté casada, o no casada. (R. A. R.)

CASEY, J.: «L'article 1387-1 du code civil et la liquidation des régimes matrimoniaux», *GP*, 2008, núm. 326-327, pp. 8-13.

Análisis crítico de la nueva regulación de la liquidación del régimen matrimonial recogido en el artículo 1387 CC francés. Sus defectos y resultados injustos. (I. S. P.)

CICORIA, M.: «Il danno non patrimoniale da lesione della libertà sessuale – nota a Trib. Napoli 13 aprile 2007», *GC*, 2008, núm. 12, pp. 3035-3043. (M. R. D. R.)

CIPRIANI, N.: «Rapporti patrimoniali tra coniugi, norme di conflitto e variabilità della legge applicabile», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 1, pp. 19-57.

Los supuestos de hecho que son objeto de estudio en este artículo son las uniones matrimoniales con elementos de transnacionalidad (por nacionalidad distinta de cada uno de los cónyuges o residencia del matrimonio en un Estado distinto al de la nacionalidad de cada uno de ellos, a título de ejemplo). El autor se detiene en una de las cuestiones que han surgido a raíz de la reforma de las normas de Derecho Internacional Privado italianas en la materia, operada en el año 1995. En concreto, tras dicha reforma, es posible que la norma de conflicto varíe a lo largo de la vida del matrimonio. Los problemas prácticos que pueden llegar a plantearse son especialmente acusados en el ámbito de las relaciones patrimoniales. Piénsese en la adquisición de un bien por parte de uno de los cónyuges: la ley aplicable en un momento determinado puede establecer el carácter privativo de ese bien, pero otra ley, aplicable en un momento posterior, puede establecer para ese mismo supuesto el carácter común del bien. La solución por la que opta el autor es la que se sintetiza en la máxima *tempus regit actum*. (B. F. G.)

CORDIANO, A.: «La dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 274 c.c. e i problemi di coordinamento con il rinvio operato dall'art. 279 c.c.: l'interesse del minore come questione aperta», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 4, pp. 915-942.

En los últimos años la normativa italiana sobre filiación natural está siendo sometida a una revisión *de facto* en la que el papel de la *Corte Costituzionale* italiana está siendo fundamental. El presente artículo se centra en la reciente sentencia del citado tribunal de 10 de febrero de 2006 (núm. 50), que declara inconstitucional el artículo 274 CC italiano, en virtud del cual la acción de filiación natural debe ser sometida a un previo examen de admisibilidad. El fundamento principal de la sentencia es la necesaria tutela del menor, impedida por una disposición como la contenida en el precepto citado. (B. F. G.)

DONATI, A.: «La cognominazione dei figli legittimi da parte della madre», *DFP*, 2009, núm. 1, pp. 341-357.

El Tribunal Supremo italiano, en su Ordenanza n. 23934/2008, ha resuelto en sentido afirmativo sobre la atribución a la esposa, con consentimiento de su marido, del derecho a dar su apellido a los propios hijos. (Alma R. G.)

GIACOBBE, G.: «Famiglia o famiglie: un problema ancora dibattuto», *DFP*, 2009, núm. 1, pp. 305-332.

Artículo en torno al estudio de la familia de hecho y de los derechos y deberes de los convivientes. (*Alma R. G.*)

HOLZHAUER, H.: «Krise und Zukunft der Ehe», *JZ*, 2009, núm. 10, p. 492.

El presente artículo plantea lo que considera la situación actual de crisis del matrimonio, y su futuro. (*B. T. G.*)

IRTI, C.: «La revoca dell'assegnazione della casa familiare: dalle critiche della dottrina al giudizio della Consulta», *NGCC*, 2008, núm. 12, pp. 411-420.

Causas de extinción del derecho al uso de la vivienda familiar tras la crisis familiar: la hipótesis de la revocación de tal uso introducida en la nueva Ley de 2006. (*Alma R. G.*)

JUSTON, M.: «Le juge aux affaires familiales, garant de la liberté et de l'altérité», *GP*, 2009, núm. 102-106, pp. 11-15.

El papel del juez ante la función del Derecho de familia. La función del juez en los litigios familiares. (*R. A. R.*)

— «Justice et médiation familiale», *GP*, 2008, núm. 300-302, pp. 3-12.

Razones de la mediación familiar y causas por la que entra en juego. Medidas tomadas por el mediador y su eficacia sobre las partes. Utilidad de la mediación para los jueces de familia. (*R. A. R.*)

MANERA, G.: «Sul contenuto dell'affido esclusivo e sulle sue differenze dall'affido condiviso dopo l'entrata in vigore della Novella n. 54 del 2006», *DFP*, 2009, núm. 1, pp. 215-233.

Comentario jurisprudencial en torno al nuevo régimen de la custodia de los hijos tras la crisis matrimonial: la Ley n. 54 de 2006 ha introducido en el Ordenamiento jurídico italiano, como regla general, la custodia compartida y ha relegado a una hipótesis excepcional y marginal la custodia exclusiva o monoparental. (*Alma R. G.*)

MANTOVANI, M.: «(Presunta) omosessualità di un genitore, idoneità educativa e rilievo della conflittualità ai fini dell'affidamento», *NGCC*, 2009, núm. 1, pp. 70-78.

La orientación sexual del progenitor: ¿causa obstativa para la aceptación de la custodia compartida del hijo? (*Alma R. G.*)

MARTONE, L.: «Il trust nella crisi coniugale come ufficio privato», *NGCC*, 2009, núm. 1, pp. 81-88.

Comentario jurisprudencial sobre la figura jurídica del *trust* en la crisis conyugal. (*Alma R. G.*)

MORANI, G.: «L'affidamento della prole nelle crisi familiari: l'attuale disciplina normativa», *DFP*, 2009, núm. 1, pp. 358-370.

El nuevo régimen de la custodia compartida de los hijos en la Ley de 8 de febrero de 2006 n. 54. (*Alma R. G.*)

MULON, E.: «Le devoir de secours pendant l'instance en divorce», *GP*, 2008, núm. 326-327, pp. 14-19.

La pensión de alimentos durante el procedimiento del divorcio entre cónyuges. Naturaleza; objeto y criterios de fijación de dicha pensión. Ejecución y duración de la obligación. (R. A. R.)

PARINI, M.: «Profili di costituzionalità del provvedimento di revoca dell'assegnazione della casa coniugale», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 1, pp. 187-207.

El artículo 155 quater CC italiano prevé la revocación automática de la asignación de la vivienda familiar en caso de nuevo matrimonio o convivencia *more uxorio*. La *Corte di appello* de Bolonia, en su *Ordinanza* de 22 de febrero de 2007, plantea la posible inconstitucionalidad del precepto argumentando que impide tener en cuenta el interés del menor, tal y como exige el artículo 30 de la Constitución italiana. El Tribunal Constitucional, en la sentencia de 29 de julio de 2008 (núm. 08) considera que el precepto es constitucional ya que permite una interpretación conforme a la Constitución, en concreto, no precluye la posibilidad de que el juez tome la decisión atendiendo al interés del menor. La autora expone los antecedentes legislativos del precepto, así como las diferentes interpretaciones doctrinales que han surgido en torno a él. Finalmente, muestra y argumenta su apoyo a la decisión del Tribunal Constitucional. (B. F. G.)

POISSON-DROCOURT, E.: «Des réformes en perspective pour l'adoption», *RDS*, 2008, núm. 40, pp. 2804-2805.

Puesta en marcha de una serie de reformas para facilitar la adopción tanto interna como internacional. (R. A. R.)

RIMINI, C.: «I principi e la prassi giurisprudenziale nel riconoscimento e nella determinazione dell'assegno di separazione e di divorzio», *DFP*, 2009, núm. 1, pp. 333-340.

Estudio sobre la pensión de mantenimiento a favor del cónyuge y de los hijos en las crisis familiares. (Alma R. G.)

ROTH, H.: «Die Reform der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das FamFG», *JZ*, 2009, núm. 12, p. 585.

La *Gesetz zur Reform des Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (FamFG de 17.12.2008) reforma el procedimiento en materia de familia y sobre jurisdicción voluntaria. (B. T. G.)

VIGUIER, D.: «La protection du patrimoine personnel du chef d'entreprise (la déclaration d'insaisissabilité)», *RDS*, 2009, núm. 3, pp. 175-176.

La protección de este patrimonio se fundamenta en la protección familiar. (I. S. P.)

— «L'autorisation judiciaire du curateur ou la représentation de l'incapable par son curateur», *RDS*, 2009, núm. 22, pp. 1490-1491.

Supuestos en los que es necesaria autorización judicial para la actuación del curador. (R. A. R.)

## DERECHO DE SUCESIONES

CAROTA, L.: «L'interpretazione della disciplina del patto di famiglia alla luce del criterio di ragionevolezza», *CI*, 2009, núm. 1, pp. 213-234.

La introducción en el Código civil italiano de la nueva institución del pacto de familia, a raíz de la L. 14 de febrero de 2006 n. 55 (art. 2), lleva a una reflexión sobre los modos en que el fenómeno sucesorio puede desarrollarse. (*Alma R. G.*)

CATALIOTTI, M.: «Efficacia del testamento orale», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 3, pp. 607-624.

El artículo toma como punto de partida una reciente sentencia que otorga eficacia al testamento oral, a pesar de tratarse de un acto nulo. La sentencia llega a esta conclusión considerando que la ejecución voluntaria del testamento oral es un acto de convalidación. La autora muestra su desacuerdo con la decisión del tribunal y justifica su posición en las diferencias sustanciales que existen entre el instituto de la nulidad y el de la anulabilidad, siendo la convalidación propia de esta última. (*B. F. G.*)

COLLURA, G.: «Patto di famiglia e compatibilità con l'impresa familiare», *NGCC*, 2009, núm. 2, pp. 101-114.

Artículo relativo al pacto de familia sobre la empresa familiar y su incidencia en los derechos de los legitimarios. (*Alma R. G.*)

FERRI, G.: «Sulla qualificazione giuridica del concepito nei codici degli Stati italiani preunitari e nella stagione della codificazione unitaria», *RDC*, 2009, núm. 2 parte prima, pp. 227-247.

Revisión histórico-jurídica de la figura del concebido y no nacido y la atribución de personalidad jurídica y capacidad para suceder: la transposición del artículo 725 del *Code Napoléon* en los Códigos civiles preunitarios italianos, el artículo 724 del *Codice Civile* de 1865, el artículo 1 del *Codice civile* de 1942. (*M. R. D. R.*)

LA MARCA, G.: «La riduzione della donazione remuneratoria con riserva di usufrutto», *NGCC*, 2009, núm. 3, pp. 305-309.

Con esta resolución la Corte Suprema italiana ha confirmado la naturaleza de verdadera donación de la atribución patrimonial gratuita realizada por motivos remuneratorios, con la consiguiente sujeción de tal donación a las normas que regulan la reducción de donaciones (art. 555 del Código civil italiano). (*Alma R. G.*)

— «In tema di fondazione costituita per testamento», *NGCC*, 2009, núm. 4, pp. 411-422.

Comentario jurisprudencial acerca de la obligación recíproca de constituir una fundación testamentaria y prohibición de pactos sucesorios. (*Alma R. G.*)

VAREILLE, B.: «Réflexions sur l'imputation en droit des successions», *RTDC*, 2009, núm. 1, pp. 1-18.

La imputación en el ámbito del Derecho de sucesiones. Análisis del término contable según el tipo de bien atendiendo a las últimas reformas. (*I. S. P.*)

#### VARIA

BITTER, G./RAUHUT, T.: «Grundzüge zivilrechtlicher Methodik – Schlüssel zu einer gelungenen Fallbearbeitung», *JuS*, 2009, núm. 4, p. 289.

La presenta contribución pretende facilitar el acceso al método jurídico mediante ejemplos procedentes del Derecho civil. (*B. T. G.*)

BOSKOVIC, O.: «L'autonomie de la volonté dans le règlement Rome II», *RDS*, 2009, núm. 24, pp. 1639-1642.

La consagración de la autonomía de la voluntad. (*I. S. P.*)

CALLIESS, C.: «Europäische Gesetzgebung und nationale Grundrechte – Divergenzen in der aktuellen Rechtsprechung von EuGH und BverfG?», *JZ*, 2009, núm. 3, p. 113.

En el contexto del control de la legislación comunitaria, el autor se plantea la relación entre la jurisprudencia actual del Tribunal Europeo y del Tribunal Constitucional Federal. (*B. T. G.*)

CHIAPPETTA, G.: «Il rapporto da comunicazione commerciale ed il principio di autodeterminazione», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 3, pp. 639-657.

La autora considera que la normativa italiana sobre publicidad no se adecua a la exigencia de utilidad social ni a los principios de orden público y de autodeterminación personal. (*B. F. G.*)

CLAUDINE BERGOIGNAN, E.: «Les états généraux de la bioéthique, un tournant dans la réflexion», *RDS*, 2009, núm. 27, pp. 1837-1838.

Una reflexión sobre el interés popular por los temas de la bioética en relación con la Ley número 2004-800 y el Decreto No. 2008-1236. (*I. S. P.*)

D'AVOUT, L.: «Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques? (une mise en perspective du système Rome II)», *RDS*, 2009, núm. 24, pp. 1629-1638.

Sobre la reglamentación de los cuasi-contratos, la reglamentación general y la residual. (*R. A. R.*)

FREUND, G./GEORGY, P.: «Täuschung bei der Aufklärung für die Teilnahme an Arzneimittelprüfungen – vom Arbeitskreis medizinischer Ethik-Lonmissionen empfohlen», *JZ*, 2009, núm. 10, p. 504.

El artículo se muestra crítico con el modelo de información empleado en los supuestos de colaboración en el control de medicamentos, modelo recomendado por la Comisión Ética. (*B. T. G.*)



INTERSIMONE, F.: «Cenni in tema di valutazione delle prove su un fatto decisivo e violazione del patto di non concorrenza ex art. 2125 cod.civ.», *NGCC*, 2009, núm. 4, pp. 363-368.

Valoración jurisprudencial de los instrumentos que tienen como finalidad eludir o vulnerar el pacto laboral de no competencia. (*Alma R. G.*)

LAUDE, A.: «La réforme de la loi sur les recherches biomédicales», *RDS*, 2009, núm. 17, pp. 1150-1151.

El reforzamiento de la seguridad de las personas en el marco de los ensayos clínicos. (*I. S. P.*)

MBONGO, P.: «La “constitutionnalisation” des études d’impact préalables à la loi. Un mirage légistique», *RDS*, 2009, núm. 2, pp. 108-109.

La ausencia de una posibilidad de realizar auténticos estudios de impacto legislativo *ex ante* y el problema que esto supone. (*R. A. R.*)

ORDWAY, E./DERAINS, B./GUERRERO, I.: «Le régime du contrôle judiciaire des sentences arbitrales en Droit américain après Hall Street», *GP*, 2008, núm. 289-290, pp. 15-19.

Estudio a propósito de la sentencia de la Corte Suprema que limita el control judicial de los laudos arbitrales a los casos de nulidad o corrección de los artículos 10 y 11 de la *Federal Arbitration Act*. (*I. S. P.*)

PERLINGIERI, G.: «L’ “errore sul motivo” nel testamento. Ancora sulla rilevanza del testo per l’individuazione dei vizi di invalidità negli atti di liberalità», *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 3, pp. 867-913.

Dictamen jurídico en el que se pregunta al autor acerca de la posible invalidez por error en los motivos de dos disposiciones testamentarias. El autor considera válidas ambas disposiciones tras analizar cada uno de los requisitos del error en el testamento exigidos por el artículo 624.2 CC italiano, a saber: (a) debe resultar, aunque sea implícitamente, del acto negocial; (b) debe ser el único motivo que ha conducido al testador a otorgar dicha disposición testamentaria; y (c) debe existir efectivamente un error de hecho o de derecho. (*B. F. G.*)

— «L’ “acquisto” puro e semplice delle eredità devolute agli enti. Una rilettura degli art. 473, 485, 487, 488, 493, 527 c.c.», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 1, pp. 102-130.

El autor reflexiona acerca de la posible aplicación a las personas jurídicas que no sean sociedades, de determinadas normas del Derecho sucesorio, en concreto: a) la adquisición *ex lege* del patrimonio hereditario; b) la pérdida del derecho a aceptar la herencia; c) la pérdida del beneficio de inventario. (*B. F. G.*)

PERLINGIERI, P.: «La funzione sociale del diritto successorio», *Rass. Dir. Civ.*, 2009, núm. 1, pp. 131-146.

Análisis del Derecho sucesorio desde una perspectiva funcional, mediante una labor de colocación sistemática de la disciplina en el ordenamiento jurídico y de individualización de sus puntos de conexión con los institutos de la familia, la empresa, el trabajo y los derechos fundamentales de la persona. (*B. F. G.*)

PERREAU-SAUSSINE, L.: «Les mal-aimés du règlement Rome II: les délits commis par voie de média», *RDS*, 2009, núm. 24, pp. 1647-1649.

La exclusión de los delitos de atentado a la vida privada y a los derechos de la personalidad. Los delitos cometidos por vía de Internet. (*I. S. P.*)

PERRECA, M.: «Note sull'apparenza del diritto», *RTDPC*, 2009, núm. 1, pp.297-322.

Reflexión sobre la aparición del término apariencia en diferentes figuras del Derecho Privado, y sus efectos en aras del beneficio de la certeza y seguridad jurídica: pago al acreedor aparente, adquisición por heredero aparente, adquirente simulado, etc. (*M. R. D. R.*)

SCHÜRNBAND, J.: «Zwingender Verbraucherschutz und das Verbot unzulässiger Rechtsausübung», *JZ*, 2009, núm. 3, p. 133.

El artículo examina la relación entre el principio de buena fe, de una parte, y el carácter imperativo del Derecho de protección de los consumidores, de otra. (*B. T. G.*)

TONNER, K./TAMN, M.: «Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht», *JZ*, 2009, núm. 6, p. 277.

El artículo analiza las consecuencias de la propuesta de Directiva sobre derechos del consumidor sobre la regulación nacional del derecho de protección de los consumidores. (*B. T. G.*)

TREPPOZ, E.: «La lex loci protectionis et l'article 8 du règlement Rome II», *RDS*, 2009, núm. 24, pp. 1643-1646.

Lo que se conserva del pasado y el porvenir. (*R. A. R.*)

VON HEIN, J.: «Europäisches Internationales Deliktsrecht nach der Rom II-Verordnung», *ZEuP*, núm. 1, 2009, pp. 6-33.

Trabajo sobre el Reglamento (CE) n° 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*). Para el autor, el Reglamento, a pesar de algunos defectos —en especial la falta de solución de la concurrencia con el Convenio de la Haya referente a la responsabilidad por accidentes de circulación—, constituye un hito en la europeización del Derecho internacional privado, manteniendo el modelo clásico europeo frente al americano. (*M. G.-R.*)

VV.AA.: «Droit de l'environnement», *GP*, 2009, núm. 184-185.

Número especial en el que se recogen diferentes estudios sobre la reglamentación de los productos químicos, energía y calor; agua y los planes de energía. (*R. A. R.*)

— «Droit de la santé», *GP*, 2008, núm. 282-283.

Diversos estudios sobre contaminación por transfusión sanguínea; tratamientos inadecuados y su efecto en la salud; faltas de los profesionales sanitarios; etc. (*I. S. P.*)

— «Droit des technologies avancées», *GP*, 2008, núm. 298-299.

Número especial donde se analizan diversos aspectos relativos a las nuevas tecnologías : prestaciones informáticas; juegos en línea; propiedad intelectual; etc. (*I. S. P.*)

— «Droit de la santé», *GP*, 2008, núm. 363-365.

Número especial donde se analizan diversos aspectos de la sanidad y su influencia en el ámbito jurídico: publicidad del tabaco y el alcohol; secreto médico compartido; falta de diagnóstico; importación de productos del cuerpo humano; etc. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «Droit du cinéma», *GP*, 2009, núm. 137-139.

Número especial donde analizan diversos aspectos jurídicos relacionados con el mundo del cine. A nivel nacional se estudia la Ley «Hadopi», y el crédito impuesto a favor de las películas extranjeras. A nivel comunitario, se estudia el plagio de películas en la jurisprudencia española, los costes fiscales en Italia y las ficciones en Alemania. (*R. A. R.*)

— «Droits des technologies avancées», *GP*, 2009, núm. 112-113.

Estudios varios sobre las nuevas tecnologías y su influencia en el ámbito jurídico. La creación mediante internet; licencia; regulación de los medios audiovisuales; factura electrónica; etc. (*I. S. P.*)

— «Droit de la santé», *GP*, 2009, núm. 70-71.

Número especial sobre derecho de la salud con diversos estudios sobre asociaciones médicas; protección del médico; imprudencias médicas; clonación de animales y su utilización posterior a fines médicos; etc. (*I. S. P.*)

## DERECHO MERCANTIL

### PARTE GENERAL. EMPRESA

AGRIFOGLIO, G.: «Abuso di dipendenza economica e l'asimmetria nei contratti d'impresa», *CI*, 2008, núm. 6, pp. 1333-1393.

Contratos de consumo y contratos entre empresas: Reflexiones sobre la asimetría contractual en las relaciones de intercambio. (*Alma R. G.*)

BERNARD, A.: «L'optimisation du contentieux par les entreprises», *RDS*, 2009, núm. 25, pp. 1701-1702.

La mediación aplicada a las empresas como medio de mejorar la relación con la otra parte. (*I. S. P.*)

BOSCH, N./LANGE, K. W.: «Unternehmerischer Handlungsspielraum des Vorstandes zwischen zivilrechtlicher Verantwortung und strafrechtlicher Sanktion», *JZ*, 2009, núm. 5, p. 225.

El artículo se plantea la relación entre responsabilidad civil y sanción penal de la Junta directiva en el marco de la libertad de acción empresarial. (*B. T. G.*)

BOULOC, B.: «Les visites et saisies en droit de la concurrence», *GP*, 2009, núm. 53-55, pp. 10-14.

Estudio a propósito del caso Ravon y la Ordenanza de 13 de noviembre de 2008. (*I. S. P.*)

CERRATO, S.: «Il ruolo dell'assemblea nella gestione dell'impresa: il "sovrano" ha veramente abdicato», *RDC*, 2009, núm. 2 parte seconda, pp. 133-162.

Análisis de la nueva dialéctica entre socios y administradores a la luz de la reforma del Derecho Societario: reparto de competencias y necesidad de autorizaciones de los socios de los actos de gestión de los administradores (*M. R. D. R.*)

DAMMANN, R./WYNAENDTS, L./NADER, R.: «La renaissance inattendue de la théorie du siège réel», *RDS*, 2009, núm. 9, pp. 574-575.

Una reglamentación nacional reteniendo la sede real como criterio de fijación para determinar la ley aplicable a una sociedad no es contraria a la libertad de establecimiento comunitaria. (*I. S. P.*)

LEISTNER, M.: «Bestand und Entwicklungsperspektiven des Europäischen Lauterkeitsrecht», *ZEuP*, núm. 1, 2009, pp. 56-90.

A propósito de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, el autor estudia el estado y perspectivas de evolución del Derecho de la competencia desleal. (*M. G.-R.*)

LIBERTINI, M.: «Clausola generale e disposizioni particolari nella disciplina delle pratiche commerciali scorrette», *CI*, 2008, núm. 1, pp. 73-119.

Artículo sobre prácticas comerciales desleales y el principio de transparencia en las relaciones entre profesionales y consumidores. (*Alma R. G.*)

MALECKI, C.: «Régulation financière: les codes d'entreprise feront-ils grise mine?», *RDS*, 2009, núm. 16, pp. 1095-1096.

Regulación, reglamentación, controles: remedios a la crisis financiera mundial. (*R. A. R.*)

VV.AA.: «Propriété industrielle», *GP*, 2009, núm. 88-90. Estudios varios sobre propiedad industrial: atentados a la marca; marca comunitaria; inventos; etc. (*I. S. P.*)

— «Propriété industrielle», *GP*, 2008, núm. 310-311.

Estudios varios sobre la confusión; imitaciones de marcas; nuevas normas sobre propiedad industrial en Alemania; etc. (*R. A. R.*)

## DERECHO DE SOCIEDADES

BALESTRA, L.: «Autonomia negoziale nella s.r.l. e compagine familiare: la personalizzazione della partecipazione», *RTDPC*, 2009, núm. 1, pp. 11-27.

Revisión de la naturaleza jurídica, requisitos de constitución y funcionamiento de la sociedad de responsabilidad limitada, en vista de la nueva realidad familiar. (*M. R. D. R.*)

BOCHICCHIO, F.: «Modifica unilaterale dei contratti di gestione patrimoniale individuale», *CI*, 2008, núm. 6, pp. 1243-1264.

La facultad de modificación unilateral por parte de la empresa del contrato de gestión patrimonial individual. (*Alma R. G.*)

ENTRAYGUES, G./TRON, JM.: «À propos de la SAS et de la SELAS, du droit des sociétés et des structures professionnelles d'avocats», *GP*, 2008, núm. 314-318, p. 4-7.

Análisis de las formas de asociación profesional que más se ajustan a la profesión de abogado. Regulación legal y reformas introducidas con la Ley de modernización de la economía de 4 de agosto de 2008. (*R. A. R.*)

FICI, A.: «Compravendita di partecipazioni sociali e mancanza di qualità – nota a Cass. 19 luglio 2007 n. 16031», *GC*, 2008, núm. 12, pp. 2905-2918. (*M. R. D. R.*)

MANES, P.: «Prime considerazioni sulla responsabilità del dirigente precosto alla redazione dei documenti contabili societari», *CI*, 2008, núms. 4-5, pp. 1119-1140.

El modelo de la responsabilidad de los administradores. Las relaciones de estos últimos con los otros órganos societarios y su incidencia en la responsabilidad. (*Alma R. G.*)

MARTIN, D./TAT TIEU, O.: «Rôle et responsabilité du conseil d'administration en matière d'information financière», *SJ*, 2009, núm. 10-11, I-122, pp. 20-25.

Responsabilidad de la dirección general de la empresa como encargada de la elaboración y difusión de la información. Esta responsabilidad se comparte con el Consejo de administración que controla la gestión de la sociedad. (*I. S. P.*)

SCHMIDT, K.: «Gesetzgebung und Rechtsfortbildung im Recht der GmbH und der Personengesellschaften», *JZ*, 2009, núm. 1, p. 10.

El artículo examina la correlación entre legislación, jurisprudencia y doctrina científica en materia de derecho de sociedad de responsabilidad limitada y de sociedad personal. (*B. T. G.*)

TANTINI, G.: «La trasformazione di comunione d'azienda in società, le inquietudini del giurista e la "magia" delle parole», *CI*, 2008, núms. 4-5, pp. 811-817.

La transformación de sociedades de capital en comunidades de hacienda y viceversa, tras la reforma del Derecho de Sociedades acontecida en Italia en el año 2003. (*Alma R. G.*)

TEDESCHI, G.: «Responsabilità e revoca degli amministratori di s.r.l.», *CI*, 2008, núm. 6, pp. 1265-1283.

Artículo relativo a la responsabilidad de los administradores de sociedades de responsabilidad limitada: el derecho de control de los socios, el ejercicio de la acción social de responsabilidad por parte del socio, petición de revocación del administrador por graves irregularidades, presupuestos para la revocación del administrador por graves irregularidades, responsabilidad del administrador frente al socio y al tercero, la acción de los acreedores sociales y del curador en la quiebra frente a los administradores. (*Alma R. G.*)

TERRUSI, F.: «Note sulla tutela del socio recedente da società per azioni a tempo indeterminato- nota ad App. Firenze, sez. II, decr. 6 agosto 2008», *GC*, 2009, núm. 3, pp. 755-759. (*M. R. D. R.*)

## CONTRATOS MERCANTILES

BOCHICCIO, F.: «Attività bancaria e risparmio gestito: sussiste un conflitto di interessi? Il problema e la suggestione», *CI*, 2008, núms. 4-5, pp. 818-834.

El conflicto de intereses en el sector financiero: el desarrollo de las actividades de intermediación mobiliaria por parte de las entidades bancarias; en especial, conflictos de intereses en las relaciones de gestión y representación. (*Alma R. G.*)

LE CORRE-BROLY, E.: «Les modifications apportées au droit commun de la continuation des contrats en cours», *RDS*, 2009, núm. 10, pp. 663-669.

La continuación de los contratos en curso tras actuaciones judiciales. (*R. A. R.*)

LUCA, M. DE.: «Regolamentazione del mercato finanziario e contratti con gli investitori », *Rass. Dir. Civ.*, 2008, núm. 4, pp. 1205-1231.

Síntesis del Congreso celebrado en Lecce en ocasión del vigésimo aniversario de la Facultad de Economía «Antonio de Viti de Marco». El Congreso tomó como punto de partida las Directivas 2004/39/CE y 2006/73/CE cuyo objetivo es modificar profundamente el *modus operandi* de los mercados financieros de la Unión. (*B. F. G.*)

MARINUCCI, S.: «Obbligo informativo nei confronti dell'investitore e precedenti acquisti di titoli a rischio da parte del medesimo», *NGCC*, 2009, núm. 1, pp. 28-30.

Comentario jurisprudencial sobre la obligación que tiene la entidad bancaria de proporcionar información al cliente. (*Alma R. G.*)

TARANTINO, A.: «Rilevanza delle dichiarazioni precontrattuali rese dall'assicurando all'agente assicurativo privo dei poteri di rappresentanza», *NGCC*, 2009, núm. 4, pp. 328-336.

Efectos jurídicos de las declaraciones precontractuales en el contrato de seguro: en especial, relevancia de la reticencia o afirmaciones inexactas del asegurado. (*Alma R. G.*)

## DERECHO CONCURSAL

AYNÈS, A.: «Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective», *SJ*, 2009, núm. 9, I-119, pp. 17-19.

El derecho de retención ficticio como refuerzo para el acreedor pignoraticio recogido en la ley es, según el autor, un derecho que puede convertirse en ineficaz en caso de concurso. (*I. S. P.*)

BOCCHINI, E.: «Teoria dell'informazione e revocatoria fallimentare», *RDC*, 2009, núm. 2 parte seconda, pp. 121-132.

Análisis de las diferentes teorías acerca de los efectos producidos por la anulación de la quiebra, desde la perspectiva de la economía de mercado y el Derecho mercantil: teoría de la información, de la indemnización, etc., a los posibles afectados. (*M. R. D. R.*)

HOUALI, L.: «Le recouvrement transfrontalier des créances», *GP*, 2009, núm. 51-52, pp. 18-26.

Los títulos ejecutorios y su envío a otros países para su ejecución. Favorecimiento en el ámbito comunitario. El Libro Verde de transparencia del patrimonio del deudor. Estudio a propósito del coloquio organizado por la Academia de Derecho europeo en Tréves el 15 y 16 de mayo de 2008. (*I. S. P.*)

#### ABREVIATURAS

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
Cal. L. Rev.	California Law Review
C. 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 comentadas

## Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo<sup>1</sup> (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)<sup>2</sup>

**ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN**

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Autónoma de Madrid

### RESUMEN

*La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2009 condena al progenitor que convive de hecho con el menor a indemnizar el daño moral sufrido por el progenitor no conviviente, en la medida en que la madre impide al padre la relación personal con el hijo al marcharse a vivir a Estados Unidos. La trascendencia de esta resolución radica en que probablemente constituye un paso significativo en la ruptura del principio tradicional de inmunidad por daños en el ámbito de las relaciones familiares.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación concedido para la creación y consolidación de grupos de investigación de la Universidad Autónoma de Madrid, cofinanciado por dicha Universidad y la Comunidad Autónoma de Madrid, bajo el título «La unificación del Derecho Privado Europeo: estado actual y perspectivas de futuro (III)», referencia CCG08-UAM/HUM-3986.

<sup>2</sup> RJ 2009,5490. La ponente de dicha sentencia ha sido la Magistrada Excm. Sra. Doña Encarnación Roca Trias.

**PALABRAS CLAVE**

*Reparación, daño moral, privación de la relación personal con el hijo.*

**ABSTRACT**

*This article analyses the important decision de 30.6.2009 given by Spanish High Court. According to the Court, the parent's non-pecuniary loss should be compensated by the other parent who, by living with their child in another country, is depriving him of any contact. It seems that the decision abolishes the doctrine of intrafamilial tort immunity.*

**KEY WORDS**

*Compensation, non-pecuniary loss, deprivation of maintenance of personal relationships.*

SUMARIO: I. *Hechos.*—II. *Trascendencia de la resolución.* II.1 ¿Quiebra del principio tradicional de inmunidad por daños entre familiares? II.2 Las creencias religiosas de la madre como posible causa de privación de la guarda y custodia del menor. II.3 Existencia de un daño moral originado por la madre al menor.—III. *Comentario a la sentencia:* III.1 Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual. III.2 Requisitos para el ejercicio de la acción de responsabilidad extracontractual: A) Acción u omisión interviniendo culpa o negligencia. B) Daño. C) Relación de causalidad.

**I. HECHOS**

Don Paulino y doña Remedios tienen una relación sentimental. El hijo de esta última es reconocido como propio por don Paulino, de manera que figura en el libro de familia como hijo de ambos. Con posterioridad doña Remedios ingresa en la Iglesia de la Cienciología y el 23 de agosto de 1991, cuando el niño tiene 9 años de edad, se traslada a Florida con el menor, no regresando ya a España. De inmediato don Paulino denuncia el hecho, pero termina el procedimiento por auto de archivo el 3 de octubre de 1991.

El Juzgado de Primera Instancia, a petición del padre, el 13 de octubre de 1992 dicta un auto en el procedimiento de medidas cautelares iniciado

frente a doña Remedios, en el que acuerda la atribución de la guarda y custodia sobre el menor a su padre, en cuanto hay dudas de que la convivencia con la madre pudiera afectar de modo negativo la personalidad del niño. El auto es confirmado por la sentencia del propio Juzgado de 28 de junio de 1993. A su vez la sentencia de la Audiencia Provincial de 13 de enero de 1995 confirma la resolución apelada argumentando las orientaciones religiosas de la madre, su desplazamiento a los Estados Unidos privando al padre de manera unilateral e injustificada del ejercicio de sus derechos y deberes inherentes a la patria potestad y, por último, la ignorancia materna del auto que ordena la atribución de la custodia al padre.

Don Paulino trata de ejecutar la sentencia en Estados Unidos, pero no lo consigue debido a su situación económica. Aun así, formula varias reclamaciones ante el Presidente del Gobierno, acude a la Dirección General de Protección Jurídica del Menor del Ministerio de Asuntos Sociales y al Defensor del Pueblo, e incluso intenta que se le tenga como parte en el proceso interpuesto en el Juzgado de Instrucción contra la Asociación Civil Dianética.

Don Paulino demanda a doña Remedios, al Centro de Mejoramiento Personal A.C. y a la Asociación Civil Dianética, pertenecientes a la Iglesia de la Cienciología. Ejercita la acción de responsabilidad extracontractual solicitando que se condene a los demandados a pagar solidariamente la indemnización de 35 millones de las antiguas pesetas (equivalentes a 210.354, 24 euros) por el daño moral causado al demandante al ser captada Doña Remedios por los citados centro y asociación, y ser privado en contra de su voluntad de su hijo desde el 23 de agosto de 1991, sin que en ningún momento la madre y el hijo hayan regresado de Estados Unidos. Entre otras alegaciones, en su contestación a la demanda, los demandados señalan que ha transcurrido de sobre el plazo de prescripción de un año marcado en el artículo 1968.2.º del Código Civil, ya que a su juicio el *dies a quo* para la interposición de la demanda ha de ser la fecha del desplazamiento del menor (el 23 de agosto de 1991), y la presentación de la demanda es el 16 de octubre de 1998.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de 2 de abril de 2003 desestima la demanda y acoge la excepción de prescripción formulada por los demandados. La cuestión central es el día a partir del cual ha de computarse el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual, y el Juez de Primera Instancia cuenta como *dies a quo* aquel en que finalizan las actuaciones de naturaleza penal seguidas por los mismos hechos. Don Paulino presenta recurso de apelación contra dicha resolución, que es confirmada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de octubre de 2004<sup>3</sup>. La parte recurrente sostiene que se trata de un daño de naturaleza continuada y que, como consecuencia, el cómputo del plazo de la prescripción no puede realizarse desde un día concreto, sino que se mantiene en el tiempo mientras persista la situación de privación de la compañía del menor. Pero la sentencia de la AP vuelve a reiterar que es a partir del momento del traslado a América cuando cabe la interposición de acciones civiles o penales, por lo que es a partir de la finalización de las acciones penales cuando el demandante podía acudir a la vía civil.

Don Paulino interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, y condena a Doña Remedios a indemnizar el daño moral a don Paulino con la cantidad de 60.000 euros, pero absuelve a los

<sup>3</sup> JUR 2004/297841.

codemandados Centro de Mejoramiento Personal A.C. y Asociación civil Dianética.

## II. TRASCENDENCIA DE LA RESOLUCIÓN

Hace tiempo que se afirma por la doctrina que los tribunales españoles parecen ya preparados para admitir, en los litigios entre los servicios sociales y los padres biológicos de los niños que se encuentran bajo la custodia de la Administración Pública, que dichos padres tienen derecho a una indemnización cuando la restitución del menor a aquellos es ya imposible<sup>4</sup>. La resolución objeto de este comentario da un paso más allá: condena al progenitor que convive de hecho con el menor a indemnizar el daño moral al progenitor no conviviente en cuanto el primero impide a este último la relación personal con el hijo. Hasta ahora la doctrina que se ha ocupado de la materia siempre se ha planteado esta cuestión en relación con los daños derivados del incumplimiento del derecho de visita, esto es, el progenitor que tiene la guarda y custodia del menor obstaculiza o impide el cumplimiento del derecho de visita cuyo beneficiario es el progenitor que no convive con el menor<sup>5</sup>. Pero la singularidad de la sentencia examinada es que el padre (que además no es el

<sup>4</sup> Así se pronuncian MARTÍN CASALS, M.; RIBOT, J. y SOLÉ FELIU, J.: «Children as victims under Spanish Law», *Children in Tort Law*, Part II: Children as Victims, Tort and Insurance Law, volumen 18, Springer-Verlag, Viena, 2007, pp. 232-233. Véase también en esta línea la STS 9.7.2001 (RJ 2001, 4999), en la que, aunque se admite la pretensión de la madre biológica de reconocimiento de la filiación, sin embargo se desestima la petición de entrega de la hija porque ya existe una previa adopción que, al estar constituida por resolución judicial, precisaría ser anulada o extinguida por sentencia judicial y previo ejercicio de la correspondiente acción, que nunca se ejerció. Parece que hubo una responsabilidad de la Administración Pública en la tramitación del expediente de adopción. Por su parte se ha apuntado por MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del Derecho de Daños al incumplimiento del régimen de visitas», *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda (coordinador), 1.ª edición, Thomson Aranzadi, 2006, p. 196, que quizás el auto dictado por la Sección sexta de la Audiencia Provincial de Sevilla de 30 de diciembre de 2005 (AC 2006, 70) constituya una vía abierta en el futuro para la posible indemnización de daños y perjuicios al progenitor no conviviente al que se le priva por el otro progenitor de la relación con el menor, en la medida en que ordena a la Junta de Andalucía la reparación a la madre de la pérdida de expectativas de la posibilidad de recuperar a sus hijos (a los que pierde en su día por una declaración administrativa y posterior judicial de desamparo debido a su alcoholismo), y los padecimientos físicos y morales inherentes a tal situación. Se trata de una indemnización sustitutoria por la imposibilidad de cumplir el fallo relativo al reintegro de los dos menores a la convivencia con su madre biológica. Probablemente, debido al elevado montante económico (1.703.600 euros) concedido por la Audiencia Provincial, la Junta de Andalucía plantea un recurso de amparo contra el auto de la Audiencia, cuestionando todas y cada una de las partidas que integran el montante final de la indemnización, reconduciendo la queja al artículo 24.1 CE por defecto de motivación. Pero el Tribunal Constitucional desestima el recurso. Véase la STC 11/2008 de 21 de enero (RTC 2008/11).

<sup>5</sup> Entre otros véanse en la doctrina española MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del Derecho de Daños...», *cit.* p. 192 y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 301 nota de pie de página 31. En la doctrina argentina, favorable por otra parte a tal indemnización, por todos FALCÓN, E.N.: «Tenencia. Visitas y daños a los menores de padres desvinculados matrimonialmente», *Derecho de Daños*, Daños en el Derecho de Familia, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 2000, pp. 543 y 547. En la doctrina italiana PERLINGIERI, P. *et al.*: *L'affidamento del minore nella esegesi della nuova disciplina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1984, p. 73.

biológico) que reclama la indemnización por el daño moral a causa de la ausencia de relación con su hijo es el progenitor que, si bien no convive de hecho con el menor, es aquel a quien se le ha atribuido por resolución judicial la guarda y custodia. Si bien es cierto que cuando la madre se desplaza a Estados Unidos y le impide al padre la relación con el hijo (23 de agosto de 1991), todavía ella tiene la guarda y custodia del mismo; es decir, en un primer momento sí hay en sentido estricto una obstaculización del derecho de visita por parte de la madre. Posteriormente ya no es así, desde que el 13 de octubre de 1992 se le atribuye por resolución judicial al padre la guarda y custodia del menor. Por ello el Tribunal Supremo afirma con acierto que el perjuicio a indemnizar en este caso es el daño moral que ocasiona el progenitor que impide el ejercicio de la guarda y custodia y que impide las relaciones del hijo con el otro progenitor<sup>6</sup>.

Antes de entrar en el análisis de las cuestiones fundamentales que plantea la resolución sí me gustaría apuntar una serie de consideraciones.

## II.1 ¿Quiebra del principio tradicional de inmunidad por daños entre familiares?

El tema de las consecuencias jurídicas que posee el incumplimiento o la obstaculización del derecho de visita del menor por parte de un progenitor hacia el otro encuentra un buen marco dentro del estudio del Derecho de Daños en el ámbito de la familia, de ahí que la trascendencia de esta sentencia también radica en que probablemente se trata de un paso significativo en la ruptura de la tesis tradicional que existe en nuestro ordenamiento consistente en un principio de inmunidad por daños en el ámbito de las relaciones familiares. Hasta el momento nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la materia en dos ocasiones, ambas en el año 1999, deduciéndose de las mismas que a juicio del tribunal no cabe indemnizar el daño moral que un familiar sufre a causa del comportamiento de otro miembro de su familia. Es cierto que sólo se refiere a un tipo concreto de daños entre familiares: los daños morales que son consecuencia del incumplimiento de los deberes conyugales, en concreto, del deber de fidelidad matrimonial. Se trata de las SSTs de 22 y 30 de julio de 1999, cuyo ponente es el mismo: Excmo. Sr. D. *Alfonso Barcala y Trillo-Figueroa*<sup>7</sup>.

En ambas sentencias los hechos son similares: tras la ruptura del matrimonio los demandantes reclaman a sus ex esposas la indemnización correspondiente por los daños ocasionados por el descubrimiento, al prosperar en ambos casos la impugnación de la paternidad, de que los que creían sus hijos en realidad no son más que fruto de una infidelidad por parte de sus esposas durante la convivencia conyugal. Ambos padres contribuyen a pagar los ali-

<sup>6</sup> Seguramente esta decisión del Tribunal Supremo será objeto de elogio por la doctrina si se tiene en cuenta que durante mucho tiempo ni el legislador ni los tribunales han abordado el drama de muchos hombres separados y divorciados que pagan de modo puntual sus pensiones alimenticias, pero que no pueden relacionarse con sus hijos, o bien porque es la madre la que les impide relacionarse con ellos, o bien porque son los propios menores los que deciden cortar la relación con su progenitor. Se ha puesto de relieve «la escasisima sensibilidad de los tribunales hacia lo masculino», no reparándose en ningún caso la soledad del padre o su carencia de familia y compañía. En este sentido se pronuncia RAGEL SÁNCHEZ, L-F.: «Comentario a la STS de 30 de julio de 1999», *CCJC*, núm. 52, 2000, pp. 162-163.

<sup>7</sup> RJ 1999, 5721 y 5726, respectivamente.

mentos de los hijos, no sólo mientras dura la convivencia, sino incluso después de la separación. Los dos fallos, como he indicado antes, parecen acoger el principio general de la no reparación de los daños entre cónyuges, al menos respecto de los daños ocasionados por el incumplimiento de los deberes conyugales. Tal y como se ha sostenido, «*de acuerdo con estas sentencias, el edificio resiste, pero no sabemos por cuánto tiempo*»<sup>8</sup>. La sentencia de 22 de julio de 1999 basa su negativa al derecho de indemnización del ex marido en la ausencia de una conducta dolosa por parte de la esposa, ya que según la resolución ésta no conoce tampoco que el hijo no es de su marido hasta que no se interpone por el propio hijo una demanda de impugnación de la paternidad. Por su parte la sentencia de 30 de julio de 1999, que no entra a examinar la pretensión de restitución de las pensiones alimenticias por razones procesales, niega la indemnización por los daños morales al marido, solicitada frente al caso anterior con fundamento en las normas reguladoras de la responsabilidad civil contractual –artículo 1101 del Código Civil–, afirmando que la única consecuencia jurídica de la infidelidad es su consideración legal como causa de separación matrimonial y que la admisión de tal demanda conduciría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial obligaría a indemnizar. Probablemente la aparición de estas dos resoluciones del Tribunal Supremo es la causa de que se despierte el interés de nuestra doctrina por la materia de los daños entre familiares. Así, destacan en un primer momento los excelentes trabajos de *Roca Trias* y de *Ferrer i Riba*<sup>9</sup>.

Por tanto, de una forma sintética puede afirmarse que en nuestro ordenamiento parece vislumbrarse la idea de un principio de inmunidad por daños en las relaciones familiares, que se manifiesta en una exclusión implícita de la responsabilidad civil del ámbito de la familia en el Código Civil de 1889 (creo que así ha de interpretarse la ausencia de una norma, dentro del Derecho de Daños y del Derecho de Familia, que resuelva de forma expresa si es posible interponer, con carácter general, una acción de responsabilidad civil por parte de un familiar a otro por el daño causado<sup>10</sup>), y en una exclusión

<sup>8</sup> ROCA TRIAS, E.: «La responsabilidad civil en el Derecho de Familia. Venturas y desventuras de cónyuges, padres e hijos en el mundo de la responsabilidad civil», *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Moreno Martínez (Coordinador), Dykinson, Madrid, 2000, p. 533.

<sup>9</sup> ROCA TRIAS, E.: «La responsabilidad civil en el Derecho de Familia»...*cit.* pp. 533-563 y FERRER I RIBA, J.: «Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños», *Indret* 04/2001, pp. 1-21, (<http://www.indret.com>) (más desarrollado después en el artículo «Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, 1.ª edición, Thomson Civitas, 2003, p. 1836 y ss. Con posterioridad ya ve la luz mi artículo «Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: Daños entre cónyuges y daños entre miembros de la pareja de hecho», *RDPat*, núm 10, 2003, pp. 65 y ss; y la obra colectiva *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda y Beamonte (Coordinador), 1.ª edición, Thomson Aranzadi, 2006. De reciente aparición, por último, las dos monografías de ROMERO COLOMA, A.M.: *La indemnización entre cónyuges, ex cónyuges y parejas de hecho*, núm. 90, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008 y *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 2009, mi libro *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Thomson Civitas, 2009 y el trabajo de VARGAS ARAVENA, D.: *Daños civiles en el matrimonio*, La Ley, 2009.

<sup>10</sup> Lo único que prevé el Código Civil de 1889 son remedios específicos para hipótesis concretas de daños entre familiares. Un primer grupo de casos está compuesto por ciertos daños existentes entre cónyuges o entre padres e hijos para los que el Código prevé una forma especial de resarcimiento. Son hipótesis tasadas y excepcionales. A título ejemplificativo cabe citar el artículo 97, que regula la pensión compensatoria para el cónyuge

explícita por parte de nuestro Tribunal Supremo. Pero ha de matizarse que empieza ya a haber ciertas sentencias de las Audiencias Provinciales, dictadas con posterioridad a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en esta materia en el año 1999, que parecen romper este principio de inmunidad en el ámbito familiar. Así, las sentencias de la Audiencia Provincial de Valencia de 2.11.2004 y 5.9.2007<sup>11</sup> y de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16.1.2007<sup>12</sup>. También se trata de casos de incumplimiento del deber de fidelidad por la esposa que tiene como consecuencia la concepción de hijos extramatrimoniales y la creencia por parte del marido de que se trata de verdaderos hijos suyos. En las tres resoluciones se concede una indemnización por los daños morales sufridos por el marido. Las dos sentencias de la AP de Valencia estiman que hay dolo por parte de la esposa, ya que se oculta por la misma al marido la verdad sobre la paternidad de los hijos. Parecen mantener ambas resoluciones, sin duda con acierto, que la mera infidelidad no es un daño indemnizable, sino que únicamente son daños indemnizables los derivados de la ocultación de la paternidad del menor<sup>13</sup>. Por sí sola la comisión

---

que, tras el divorcio o la separación, sufre un desequilibrio económico respecto de su situación anterior; o el artículo 168, que establece la responsabilidad de los padres por la pérdida o deterioro, por dolo o culpa grave, de los bienes de los hijos que aquellos administran. Para un segundo grupo de daños, consistentes en el incumplimiento de deberes conyugales o paterno-filiales, prevé el Código Civil una medida distinta al resarcimiento, normalmente una pérdida de derechos por parte del agente del daño. Para el incumplimiento de los deberes paterno-filiales recogidos en el artículo 154 del Código, el artículo 170 prevé la privación por sentencia judicial de la patria potestad. Y si efectivamente se ha dictado sentencia de privación de la patria potestad, el padre o la madre que la sufran pueden ser desheredados por el hijo o por su cónyuge (arts. 854.1.ª y 855.2.ª). Por su parte, el incumplimiento de los deberes conyugales de los artículos 67 y 68 del Código, aunque no constituye hoy una causa para pedir la separación o el divorcio (ya que a partir de la Ley 15/2005 de 8 de julio ya no es preciso, a la hora de solicitar el divorcio o la separación, alegar ninguna causa específica para ello), no obstante puede constituir una causa de desheredación del cónyuge incumplidor (art. 855.1.ª) y una causa de cesación de la obligación de dar alimentos (art. 152.4.ª). Podría concluirse que el hecho de que sólo en ciertos supuestos muy limitados el Código Civil haya establecido como remedio para los daños entre familiares el resarcimiento, es porque, fuera de estos supuestos, el codificador no considera válido en su momento que la institución de la responsabilidad civil entre dentro del Derecho de Familia. Y creo que ello es así atendiendo a las circunstancias sociales, históricas y económicas en que se promulga el Código. Ahora bien, esto no significa que esta afirmación haya de mantenerse en la actualidad, ya que tales circunstancias han sufrido un cambio notable. Por ejemplo, el modelo de familia patriarcal que recogen los Códigos Civiles decimonónicos no existe en nuestro actual ordenamiento, y aquel tipo de familia, en cuanto unidad cerrada al exterior, donde el cabeza de familia era la cúspide y tanto el cónyuge como los hijos le debían obediencia, constituye una de las causas fundamentales de la exclusión del derecho de daños del ámbito familiar. Un examen pormenorizado de esta causa y de otras razones para tal exclusión en mi monografía *Responsabilidad civil en el derecho de familia... cit.* pp. 33-128.

<sup>11</sup> La primera (Ac/2004/1994) es comentada por FARNÓS AMORÓS, E.: «El precio de ocultar la paternidad», *InDret* 2/2005, pp. 1-12 (<http://www.indret.com>). La referencia de la segunda sentencia es JUR 2007/340366.

<sup>12</sup> Comentada por la misma autora, FARNÓS AMORÓS, E.: «Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad», *InDret* 4/2007, pp. 1-25 (<http://www.indret.com>). La referencia de la resolución es JUR/2007/323682.

<sup>13</sup> DÍEZ-PICAZO, L.: *El escándalo del daño moral*, 1.ª edición, Thomson Civitas, 2008, p. 46, a propósito de la sentencia de la AP de Valencia de 5.9.2007, señala que no resulta muy claro cuál es el hecho determinante del daño moral: si es la infidelidad con la consiguiente procreación de un hijo extramatrimonial, la ocultación de la verdad al cónyuge o el hecho de que éste hubiera de descubrir la verdad con posterioridad. A su juicio, aunque es comprensible que para el demandante estemos ante un hecho depresivo, sin embargo es

del incumplimiento de un deber conyugal o paterno-filial no es reparable, pero no porque no se esté ante un verdadero deber jurídico (que indudablemente lo es), sino porque la admisión del resarcimiento en cualquier caso haría peligrar seriamente la paz familiar (bien que, sin duda, interesa tutelar en cualquier sociedad), y además, aunque ello es una razón secundaria, daría lugar a una indeseable multiplicidad de pleitos. A mi juicio la procedencia de la reparación se halla condicionada a que se produzca un comportamiento que, por su intrínseca gravedad o por su reiteración, sea capaz, no sólo de romper el equilibrio de la relación familiar, sino también de vulnerar derechos fundamentales del familiar dañado<sup>14</sup>. En la tercera de las sentencias, la sentencia de la AP de Barcelona de 16.1.2007, se otorga una indemnización de 15.000 euros al marido por el daño moral derivado de descubrir que no era el padre de la menor que durante cuatro años había creído hija suya. No se está ante un caso de dolo según el tribunal, al revés que en los supuestos anteriores, pero sí de culpa grave: considera negligente la actitud de la esposa que omite adoptar las medidas oportunas dirigidas a determinar la paternidad biológica, ya que pudo y debió sospechar que el padre de la menor podría ser otro distinto a su marido. Primero, porque la madre había tenido relaciones sexuales simultáneamente con su marido y con su amante y, segundo, porque durante los primeros años de matrimonio se había sometido a un tratamiento de fertilidad sin lograr quedar embarazada. La Audiencia considera que el marido sufre un daño moral claro (estuvo sometido a un tratamiento psiquiátrico) y equipara este daño a la muerte física de un hijo.

## II.2 Las creencias religiosas de la madre como posible causa de privación de la guarda y custodia del menor

La segunda consideración que puede realizarse a propósito de la resolución comentada es que, tras el desplazamiento de la madre con el hijo a Estados Unidos, por sentencia judicial se le atribuye al padre la guarda y custodia del menor que, hasta entonces, simplemente era beneficiario de un derecho de visita al tener la madre la guarda y custodia. Tal y como señalan los hechos de la sentencia, parece que se le atribuye al padre porque existen sospechas de que la convivencia con la madre podía afectar de modo negativo la personalidad del menor. Esta afirmación permite adentrarse en la causa concreta por la que se le priva a la madre de la guarda y custodia. En primer lugar, a mi juicio es muy peligroso afirmar que a un progenitor se le puede privar de la guarda de su hijo exclusivamente por sus creencias religiosas<sup>15</sup>. En segundo

---

dudoso que se trate de un daño resarcible. Para este autor en las relaciones conyugales no cabe la aplicación de las normas de la responsabilidad civil extracontractual, de manera que las sanciones aplicables a la vulneración de los deberes conyugales están fijadas en la ley que regula el régimen matrimonial, sin que haya lugar propiamente a daños.

<sup>14</sup> FRACCON, A.: «I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno», *DFP*, núm. 1, 2001, pp. 388-389.

<sup>15</sup> Se ha llegado a plantear, en el supuesto de que uno de los padres del menor sea Testigo de Jehová, la posibilidad de que tal factor sea tenido en cuenta a la hora de otorgar la custodia de los hijos en caso de separación y divorcio, para evitar que en el futuro pueda ponerse en peligro la vida del menor por negarse el progenitor a realizar una transfusión de sangre. Véase al respecto GALÁN CORTÉS, J.C.: *Responsabilidad médica y consentimiento informado*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 264-265. Un caso de este tipo ha sido resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia de 23.6.1993 (TEDH 1993/27). En el asunto *Hoffman* contra Austria, se declara por el Tribunal de Dere-



lugar, puede que también la causa de que se le prive a la madre de la guarda y custodia de su hijo sea la obstaculización por su parte del derecho de visita del padre. El incumplimiento del derecho de visita puede tener diversas consecuencias jurídicas, y en este sentido cabe plantearse si realmente la privación de la guarda y custodia a quien obstaculiza el derecho de visita y su atribución al otro progenitor es la medida más correcta. Entre otros remedios, se ha citado por la doctrina la posibilidad que ante dicho incumplimiento tiene el juez, en virtud del artículo 158 del Código Civil, de adoptar las medidas que estime oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios. Así, por ejemplo, imponer una sanción civil pecuniaria por cada día que se impidan las relaciones personales, modificar el régimen de guarda jurídica, someter a control el cumplimiento del régimen de comunicación... Otro remedio apuntado es que el progenitor perjudicado solicite al juez la suspensión del pago de la pensión alimenticia al progenitor que dolosamente, sin causa justificada, impida el derecho de visita. En tercer lugar, la posibilidad de que el juez atribuya la guarda y cuidado del menor al titular del derecho de visita vulnerado (que es lo que ocurre en nuestro supuesto), o incluso que le prive al progenitor guardador de la patria potestad<sup>16</sup>. Como reflexión común a todos estos remedios puede afirmarse que son medidas que a veces pueden resultar inútiles (por ejemplo, cuando la persona guardadora del niño puede prescindir de la pensión alimenticia porque tiene medios económicos propios suficientes), o, lo que es más importante, se trata de medidas cuyo uso debe ser excepcional y moderado, en la medida en que pueden perjudicar seriamente al menor (así, por ejemplo, la suspensión de la pensión alimenticia provoca resultados graves en el bienestar material del menor, o bien la privación de la patria potestad o de la guarda al progenitor incumplidor acarrea quizá graves problemas psíquicos y afectivos al hijo). Es decir, se trata de medidas que han de adoptarse, no tanto desde el punto de vista del sujeto incumplidor, sino teniendo en cuenta el interés y el beneficio del menor. Su

---

chos Humanos que la sentencia de la Corte Suprema de Austria vulnera el artículo 8 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales (que protege el derecho al respeto de la vida familiar), en la medida en que retira la custodia de los hijos a la madre, tras la sentencia de divorcio, por ser ésta Testigo de Jehová, ya que tal circunstancia implicaba un previsible e hipotético riesgo para la vida y la salud de sus hijos, dado el rotundo rechazo de los miembros de esta creencia religiosa a las transfusiones de sangre. Desde luego lo que parece indudable es que como regla general las convicciones religiosas de los progenitores no pueden constituir en sí mismas y de forma exclusiva un criterio adecuado para decidir si los padres pueden ser privados del ejercicio de sus derechos y obligaciones para con los hijos. NAVARRO-VALLS, R.: *Matrimonio y Derecho*, Tecnos, Madrid, 1995, pp. 54-55 critica, no obstante, tal resolución en función de los hechos concretos de la misma. Parece que existe un acuerdo entre los cónyuges (ambos católicos en un inicio) en el momento de la celebración de su matrimonio, por el que los hijos debían educarse en la religión católica. A juicio de este autor, la decisión de la Corte de Estrasburgo no valora de modo correcto el peligro potencial que para los hijos puede implicar el cambio de educación. En primer lugar, en su opinión la ruptura del matrimonio no autoriza, ni a los cónyuges ni a la justicia, a alterar el convenio inicial sobre la educación religiosa de los niños. En segundo lugar, la decisión de la Corte Suprema austriaca no se fundamenta en la nueva fe abrazada por la madre, sino en las consecuencias potencialmente peligrosas que esto entraña para los hijos en materia de transfusiones de sangre. ROMERO COLOMA, A. M.: *Derecho a la libertad religiosa del progenitor frente al beneficio del hijo menor*, Bosch, Barcelona, 2006, pp. 122-123, se manifiesta de acuerdo con las afirmaciones del autor anterior, en cuanto la iniciación simultánea a dos religiones en principio es perjudicial para el menor.

<sup>16</sup> Sobre tales remedios véase RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita...cit.* pp. 295-296 y 301-303.

uso, como he mantenido, ha de ser prudente porque puede suponer, además de un castigo para el progenitor que incumple u obstaculiza el derecho de visita, un daño para el menor, que puede verse privado del deseo de estar con sus padres<sup>17</sup>. En suma, en ocasiones los remedios que se prevén para la resolución de conflictos entre familiares dentro de la normativa reguladora del Derecho de Familia no son los más adecuados en cuanto, aquí se ve claramente, la protección que otorgan es limitada, incluso en ocasiones perjudicial para el miembro de la familia al que se trata de tutelar. Por eso creo que el resarcimiento de los daños por parte del progenitor que incumple o impide el derecho de visita es, en este supuesto, una buena medida a aplicar.

### II.3 Existencia de un daño moral originado por la madre al menor

La tercera consideración es que esta sentencia sólo condena a la madre a indemnizar el daño moral causado al padre, pero en absoluto se plantea (ya que, entre otras cosas, no se solicita en la demanda) que la madre también deba indemnizar el posible daño moral que causa al hijo como consecuencia de que aquella le impide tener relación personal con su padre. En algún otro momento he sostenido que desde luego esta situación puede estimarse como una hipótesis clara de daños en las relaciones paterno-filiales<sup>18</sup>. Es interesante en este punto el análisis de una sentencia italiana que plantea precisamente la oportunidad de la responsabilidad civil como instrumento útil en estos casos de obstrucción del derecho de visita por parte del progenitor que convive con el hijo, ya que ello permite adentrarse en la cuestión aquí planteada. Se trata de la sentencia del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000<sup>19</sup>, citada además por la resolución objeto de este comentario. Los hechos de la sentencia son los siguientes: En 1995 el progenitor, argumentando que es titular de la patria potestad de su hijo menor de edad nacido en 1987, interpone demanda judicial, en nombre propio y en representación de su hijo, reclamando una indemnización por el daño biológico y por el daño moral sufrido por ambos. Argumenta que la sentencia del Tribunal de Roma de 4 de febrero de 1992 dispone la separación conyugal de ambos padres, la atribución de la guarda del hijo menor a la madre y el régimen de visitas para el padre. También se otorga a la mujer el uso de la vivienda familiar y una pensión alimenticia mensual, a cargo del padre, de 700.000 liras. El padre alega en su demanda que, mientras él ha cumplido con su deber de mantenimiento del hijo, la madre infringe las condiciones fijadas por el juez que dicta la separación respecto a la relación entre el padre y el hijo, ya que, sin motivo justificado, le impide ver a su hijo, a pesar de que el padre le ha insistido con telegramas

<sup>17</sup> En este sentido MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del derecho de daños...», *cit.* p. 192 y en la doctrina argentina KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: «Daños y perjuicios causados al progenitor por la obstaculización del derecho a tener una adecuada comunicación con un hijo. Una interesante sentencia italiana», *Revista de Derecho de Daños*, Daños en las relaciones de familia, No. 2, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2001, pp. 307-308. Véase también en la misma dirección la STS 9.7.2002 (RJ 2002, 5905) y la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 22.7.1998 (AC 1998, 6117).

<sup>18</sup> Véase mi monografía *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia... cit.* pp. 269 ss.

<sup>19</sup> Véase el texto de la sentencia en *DFP*, núm. 1, 2001, pp. 209-220. Dicha resolución ha sido objeto de comentario por DOGLIOTTI, M.: «La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia», *DFP*, núm. 1, 2002, pp. 61 y ss. y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.: «Daños y perjuicios causados al progenitor...», *cit.* pp. 285 y ss.

y por medio de parientes y amigos para poder ejercer el derecho de visita. De forma voluntaria el padre evita recurrir a la vía judicial o a otros instrumentos coercitivos legales para poder relacionarse con su hijo, ya que a su juicio tal iniciativa habría terminado, por desgracia, por incidir de modo negativo en la moral y en la serenidad del hijo menor, con el consiguiente daño psicofísico. Afirma que la gravedad del comportamiento de la madre, carente de cualquier justificación, les ha producido, tanto al padre como al hijo, graves e irreversibles daños, integrantes del denominado daño biológico, y además un daño moral, todos ellos derivados de la lesión a derechos inviolables previstos en los artículos 2 y 32 de la Constitución, preceptos que reconocen el libre desarrollo de la personalidad y la tutela de la salud, respectivamente, y de los artículos 2043 y 2059 del Código Civil. La madre contesta a la demanda señalando que el actor, un mes después del nacimiento del hijo, se desinteresa de este último, abandonando el hogar conyugal, por lo que el hijo no conoce al padre. Ella ha rehecho su vida con otro hombre, que se ha convertido en un sustituto de la figura paterna para el niño, y teme el efecto negativo que podría causar en el niño confiarle a persona totalmente desconocida para él. Estando este juicio en curso, se dicta sentencia de divorcio por el Tribunal de Roma de 3 de octubre de 1997, en la que se confía el hijo a la madre y se establece un régimen de visitas similar al previsto en la separación. En el litigio que resuelve la cuestión de la responsabilidad civil, el Tribunal estima que el padre carece de representación respecto al hijo menor para reclamar una indemnización por los daños ocasionados a este último, pero, sin embargo, concede al progenitor demandante una indemnización por los daños no patrimoniales que el comportamiento de la madre le ha producido.

En relación con una posible demanda por daños del hijo al progenitor que impide u obstaculiza el derecho a relacionarse con el otro progenitor, el primer problema es la representación legal del hijo en el litigio. Parece claro en la resolución italiana que el padre en este caso no puede representar al hijo menor para hacer valer sus derechos contra la madre, porque carece efectivamente de legitimación para el proceso: El padre es titular de la patria potestad, pero como no tiene el ejercicio de la patria potestad carece de la representación legal del menor. Manifiesta también el tribunal italiano que, puesto que hay un conflicto de intereses entre el hijo y la madre, el padre debía, antes de haber interpuesto la demanda resarcitoria, haber propuesto que se designara un *curatore speciale* que representase en juicio al menor<sup>20</sup>. Esta argumentación es igualmente aplicable a nuestro ordenamiento jurídico. Es cierto que el artículo 163.2 del Código Civil señala que si el conflicto de intereses existiera sólo respecto de uno de los progenitores, corresponde al otro por ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor. No se necesitaría, pues, la figura del defensor judicial. Pero, claro, esta solución sólo se aplicaría cuando ambos progenitores son los que ejercen la patria potestad, porque es cuando ambos tienen la representación legal del hijo<sup>21</sup>. Con un defensor judi-

<sup>20</sup> La sentencia italiana mantiene que *«nella specie, il figlio era apparso con certezza gravata da una lacerante situazione di incertezza esistenziale e da un profondo, permicioso conflitto interiore, combattuto, com'era, tra la paura di «perdere la madre» e la necessità di «conoscere il padre»»*.

<sup>21</sup> En este sentido DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho Civil*, IV, 10.ª edición, Tecnos, 2006, p. 264 y ROMERO COLOMA, A.M.: «La falta de relación del progenitor con el hijo (o hijos) menor de edad como causa de privación de la patria potestad», *Revista de Derecho de Familia*, núm. 36, 2007, p. 261. Para esta última autora los progenitores que, teniendo la titularidad de la patria potestad, no la ejercen, están en una

cial, pues, no habría problema en que el hijo reclamara al progenitor conviviente con él los daños que le ha generado con su comportamiento impeditivo del derecho de visita a favor del progenitor no conviviente. Pero en el caso concreto de la resolución objeto de este comentario se da la singularidad de que el padre sí obtiene la guarda y custodia del hijo a través de sentencia judicial, de manera que legalmente sí ostenta la representación del hijo para solicitar a la madre la indemnización por los daños y perjuicios.

El segundo problema a plantearse son los daños ocasionados al hijo. Desde luego pienso que la privación por parte de la madre de la relación personal del hijo reconocido con el padre genera claros perjuicios en el hijo. Se trata de daños morales derivados de la lesión de la integridad psíquica del niño, ya que el mantenimiento de contactos y de relación con los progenitores es indispensable para su formación como persona, para su equilibrio psíquico y afectivo y para el correcto desenvolvimiento de su personalidad. En el caso concreto de la sentencia italiana aludida cabe añadir que habría, además, daños derivados de la lesión del derecho a la identidad del menor, ya que la madre ha imposibilitado desde el primer momento que el padre y el hijo se conozcan<sup>22</sup>. Recientemente la sentencia de la Corte de Apelación de Florencia de 29 de agosto de 2007 condena, por primera vez en Italia, a una mujer a resarcir el daño no patrimonial al hijo, en cuanto ella impide el derecho de visita del padre no conviviente<sup>23</sup>.

### III. COMENTARIO A LA SENTENCIA

En la realización del comentario de la sentencia respeto el orden de los razonamientos seguidos por la misma, esto es, si ha prescrito la acción de responsabilidad civil extracontractual interpuesta por el padre y si se cumplen los requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad civil extracontractual.

#### III.1 Prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual

El demandante ejercita la acción de responsabilidad civil extracontractual por incurrir los demandados en la infracción del artículo 1902 del Código Civil. La acción, a mi juicio, está perfectamente interpuesta; por una parte, es claro que es la correcta frente a la asociación y al centro codemandados al

---

situación similar a la de la suspensión de la patria potestad en la anterior redacción del Código Civil (en el articulado vigente no se regula la figura de la suspensión de la patria potestad). En principio se verían privados de todas las funciones de ella, lo que significa que cuando el Código señala que «*los padres que ostenten la patria potestad*» tienen atribuida la representación o la administración de los bienes de los hijos, se está refiriendo a los padres que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 156, ejercen, en concreto, la patria potestad.

<sup>22</sup> KEMELMAJER, A.: «Daños y perjuicios causados al progenitor...», *cit.* p. 298, señala, en concreto, como daños causados al hijo en este tipo de hipótesis la pérdida de identidad, del sentimiento de pertenencia a un grupo social, lugar, familia, amigos... Por su parte FALCÓN, E.N.: «Tenencia. Visitas y daños...», *cit.* p. 547, apunta los mismos tipos de daños que el autor anterior en relación con los perjuicios sufridos por el menor.

<sup>23</sup> Véase un comentario a la misma en MANERA, G.: «Brevi spunti sui provvedimenti punitivi previsti dall'art. 709-ter c.p.c. quali strumenti per l'attuazione della bigenitorialità», *DFP*, 2008, n.º 3, pp. 1207 ss.

no existir entre dichas instituciones y el progenitor ningún tipo de relación jurídica, pero también frente a la madre del menor. Ahora bien, la resolución plantea en el fundamento segundo una afirmación que creo es necesario matizar. Parece apuntar que el cauce para interponer la demanda hacia la madre podría también haber sido la responsabilidad contractual en cuanto afirma que la demandada ha infringido una obligación legal impuesta a los progenitores titulares de la patria potestad en el artículo 160 del Código Civil. Tal precepto sólo establece de modo expreso en su párrafo primero el derecho de los padres a relacionarse con el hijo, ya que regula el derecho-deber de visita<sup>24</sup>. Pero en principio la madre no conculca de forma directa una obligación que a ella vaya dirigida (puesto que ella sí se relaciona con su hijo), sino que impide, eso sí, que el otro progenitor cumpla con la obligación prevista en el citado artículo. Es cierto que la carga o deber sustancial del progenitor que convive con el menor es la de soportar o consentir las relaciones personales de éste con el progenitor beneficiario del derecho de visita, en concreto, tiene que facilitarlas material y moralmente, incluso propiciarlas, porque son en beneficio del menor. Junto a este gravamen esencial, y derivado del mismo, puede ostentar ciertas cargas o deberes secundarios, que son necesarios para que se cumplan o ejerciten de modo correcto las relaciones personales. Por ejemplo, el deber del gravado de proporcionar cierta información al otro progenitor sobre el régimen de las relaciones personales (la negativa del menor a las mismas, la enfermedad del menor...), o de trasladar al menor al lugar acordado por el juez, de pagar los gastos de desplazamiento cuando proceda...<sup>25</sup>. Pero desde luego nuestro Código Civil no alude de modo expreso, a diferencia de otros Códigos, a estos deberes por parte del progenitor conviviente<sup>26</sup>. Otra cosa distinta es que quepa entender que tales deberes se encuentran recogidos o derivan de modo implícito del artículo 160 del Código; sólo así cabría mantener en sentido estricto que la madre ha vulnerado una obliga-

<sup>24</sup> El tenor literal del párrafo primero del artículo 160 del Código Civil es el siguiente: «*Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por el otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial*». Hoy la doctrina moderna mayoritariamente considera esta institución como un derecho-deber, o derecho-función. Parece predominar el aspecto de deber sobre el de derecho (a pesar de la expresión contenida en los artículos 94 y 160 del Código Civil), debido a la íntima ligazón que tiene el derecho-deber de visita con otras obligaciones fundamentales de los padres derivadas de la relación paterno-filial, como la de velar por los hijos y procurarles una formación integral. Por consiguiente, el deber del padre o de la madre de mantener relaciones personales con los hijos con los que no convive es tanto un medio para cumplir otros deberes tipificados en el Código Civil (como el de velar por ellos), como un fin en sí mismo, en cuanto contribuye al desarrollo psíquico-afectivo y de la personalidad del hijo. También los tribunales entienden que estamos ante un derecho-deber, caracterizado no sólo por el interés de los progenitores a relacionarse con sus hijos menores, interés que ha de ser tutelado, sino sobre todo por la búsqueda del mayor beneficio para los hijos. Véase, como muestra, la STS 17.7.1995 (RJ 1995, 5591).

<sup>25</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita... cit.* pp. 202 y 142-144.

<sup>26</sup> Sí, por el contrario, el BGB cuyo parágrafo 1684 (2) señala que los progenitores deben omitir todo lo que perjudique la relación del menor con el otro progenitor o dificulte su educación. Pero no sólo en Alemania se establece que el progenitor conviviente tiene el deber de realizar y apoyar el ejercicio del derecho del niño a mantener el contacto personal con su otro progenitor: también se regula en otros países europeos, como Austria, Bélgica, Bulgaria, República Checa, Finlandia, Francia, Noruega, Portugal y Suecia. Véase al respecto BOELE-WOELKI, K.; FERRAND, F.; GONZÁLEZ BEILFUSS, C.; JÄNTERÄ-JAREBORG, M.; LOWE, N.; MARTINY, D. and PINTENS, W.: *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities*, European Family Law Series No. 16, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2007, pp. 171-172.

ción legal a ella dirigida. En cualquier caso, como he indicado, sí puede afirmarse que conculca de forma indirecta el artículo 160, en cuanto impide al padre cumplir su deber de relacionarse con el menor.

Una vez señalado el acierto de que se interponga la acción de responsabilidad extracontractual hacia la madre, hay que plantearse el tema de la prescripción de la acción. Según esta resolución el daño experimentado por el padre es de naturaleza continuada, en la medida en que la privación de la relación con el hijo ha ido manteniéndose durante la minoría de edad de éste. Desde luego la cuestión principal en los daños continuados radica en discutir el comienzo del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción. Los demandados, en su contestación a la demanda, alegan que la acción de responsabilidad civil extracontractual ha prescrito, en la medida en que ha pasado ya el plazo de un año establecido en el artículo 1968.2.º del Código Civil para el ejercicio de dicha acción: consideran que el *dies a quo* para la interposición de la demanda es el 23 de agosto de 1991 (fecha en que la madre se marcha con el niño a Florida) y la demanda es presentada el 16 de octubre de 1998. Tanto el JPI como la AP desestiman la demanda al apreciar concurrencia de la prescripción, tanto si se cuenta el plazo desde la salida de España del menor con la madre, como desde el archivo de las diligencias penales incoadas por el padre por la desaparición del hijo (el 3 de octubre de 1991 se ordena el archivo de las actuaciones penales). Durante muchos años la jurisprudencia se inclina por sostener esta misma tesis, esto es, que el año ha de contarse, no desde que cesa el daño, sino desde que se produce, aunque sea de los que continuamente se están causando, presumiendo que los perjudicados conocían desde aquel momento el perjuicio y podían ejercitar la oportuna acción<sup>27</sup>. Pero la doctrina que cabe extraer hoy de la más moderna jurisprudencia es bien distinta, de manera que si los daños son continuados, es decir, se produce una progresiva generación de daños y además no es posible fraccionar tales daños en periodos de tiempo diferentes, el plazo de prescripción no se inicia hasta la producción del resultado definitivo. Pero cuándo se produce el resultado definitivo es una cuestión totalmente casuística, de manera que como norma general puede afirmarse que ello se produce cuando sea razonablemente improbable la continuación de los daños, la aparición de otros nuevos o el agravamiento de los anteriores<sup>28</sup>. Por consiguiente, puede fijarse la determinación del *dies a quo* una vez que el progenitor conoce de modo cierto el alcance exacto de los daños; en palabras del tribunal, el daño sólo se consolida cuando el padre conoce ya de modo definitivo que se le ha privado de comunicarse con el menor y ejercer la guarda y custodia. Esto es, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de un año es el día de la mayoría de edad del hijo, justo cuando se extingue la patria potestad. En el supuesto aquí examinado desde luego queda fuera de toda duda que la acción de reclamación de daños en ningún caso podría estimarse prescrita si lo que el padre hubiera solicitado fuera una indemnización por los daños sufridos durante el año inmediatamente anterior a la presentación de la demanda, con independencia de que comenzaran a experimentarse con anterioridad<sup>29</sup>. Pero, claro, el problema que aquí se presenta es que el demandante solicita una indemni-

<sup>27</sup> Véase al respecto REGLERO CAMPOS, F.: «La prescripción de la acción de reclamación de daños», *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo I, Parte General, Reglero (Coordinador), Thomson Aranzadi, 4.ª edición, 2008, p. 1250.

<sup>28</sup> *Idem*, cit. pp. 1254 y 1257. Véase, a título ejemplificativo, la STS 25 de junio de 1990 (RJ 1990, 4889).

<sup>29</sup> En sentido similar véase la STS 10 de marzo de 1980 (RJ 1980, 1225).

zación por cada año de ausencia y, por tanto, de privación de la relación con el hijo.

Sin duda hay una barrera institucional de carácter general para la reclamación de indemnizaciones por daños entre familiares. En ciertos casos a la brevedad del plazo de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual (problema que también se ha puesto de relieve en el caso planteado en la resolución comentada) se une la inexistencia de mecanismos de suspensión del plazo de prescripción de tal acción mientras dura la convivencia entre los cónyuges y entre padres e hijos<sup>30</sup>. Esta regulación impide en la práctica que los cónyuges e hijos, tras el abandono de la convivencia, puedan exigirse el resarcimiento de todos los daños que se han causado durante la vida en común, salvo que tales daños se hayan producido o manifestado en el año inmediatamente anterior. De ahí que seguramente, para evitar la prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual, alguna de las demandas planteadas por el marido, en la que solicita el resarcimiento de los daños causados por la ocultación por su esposa del carácter extramatrimonial de los hijos, se haya encauzado a través de la vía de la responsabilidad contractual del artículo 1101 del Código Civil (STS 30 de julio de 1999<sup>31</sup>). Es verdad que durante la convivencia, una vez que se produce el daño, el familiar dañado podría interponer la demanda de responsabilidad civil extracontractual, pero desde luego ello no será lo normal, puesto que si se hace valer la pretensión de daños frente al familiar causante del hecho lesivo se arriesga

<sup>30</sup> Véase FERRER I RIBA, J.: «Relaciones familiares y límites...», *cit.* p. 3.

<sup>31</sup> El Tribunal Supremo parece afirmar en este sentido que los deberes conyugales de los artículos 67 y 68 del Código Civil (entre los que se encuentra el deber de fidelidad) son deberes contractuales en razón a la propia naturaleza del matrimonio (Fundamento de Derecho 3.º). Realmente es discutible esta afirmación del Supremo en cuanto no deja de parecer dudoso que el matrimonio pueda calificarse como contrato. Es verdad que una tradición jurídica secular configura el matrimonio como un contrato en cuanto exige el concurso de voluntad de los dos contrayentes. Pero, por una parte, la categoría técnica de contrato ha de reservarse para los negocios jurídicos bilaterales de contenido patrimonial o económico y, por otra parte, en el matrimonio no hay intereses contrapuestos como en el contrato sino que las voluntades marchan paralelas para la consecución de una finalidad. Véase al respecto Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV... *cit.* p. 63. En cambio Lacruz Berdejo, J.L. et al.: *Elementos de Derecho Civil*, Familia, Volumen, IV, 3.ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 43 señala que el matrimonio, por su naturaleza, es una institución caracterizada por su especialidad. A su juicio la circunstancia de que sea un acuerdo de voluntades cuyas consecuencias son determinadas de manera inderogable por el ordenamiento jurídico no elimina su naturaleza contractual, en cuanto la limitación de la autonomía de la voluntad no es incompatible con la noción de contrato, y además porque la indisponibilidad de los efectos del matrimonio deriva de la especialidad de su objeto y no de la ausencia de un consentimiento plenamente libre y autónomo. Por su parte, en una edición anterior de la obra, Lacruz Berdejo, J.L. et al.: *Elementos de Derecho Civil*, Volumen IV, Familia, 4.ª edición, Bosch, Barcelona, 1997, p. 104, mantiene que estamos ante deberes concretos impuestos por una norma, que no podrían tener consideración o trato inferior a los impuestos en un contrato, obligaciones legales sin carácter patrimonial pero cuya infracción produce consecuencias económicas y en todo caso un daño moral resarcible, y a tales obligaciones han de aplicarse las reglas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones –las de la llamada culpa contractual, pero que no sólo se aplican al incumplimiento de las obligaciones contractuales–, y en último término las reglas relativas al ilícito civil. En otros ordenamientos sostienen que el incumplimiento de un deber conyugal genera un claro supuesto de responsabilidad civil extracontractual, así en Argentina (véase Boero, V.L.: «Daños y perjuicios derivados del divorcio», *Derecho de Daños, Daños en el Derecho de Familia*, Cuarta Parte, Edit. La Rocca, Buenos Aires, 2000, pp. 310-311) y en Francia (*vid.* Cornu, G.: *Droit Civil*, La Famille, 9 édition, Montchrestien, Paris, 2006, p. 57, refiriéndose en concreto al incumplimiento del deber de fidelidad).

gravemente la convivencia o una relación familiar o personal (matrimonio o relación paterno-filial). Para preservar su relación la persona interesada no accionará su derecho.

De ahí que sea muy útil el instrumento jurídico de la suspensión del plazo de prescripción en caso de existencia de ciertas circunstancias subjetivas derivadas de razones personales o familiares. En el Código Civil de 1889 hay una falta de previsión legal que establezca la suspensión de las acciones entre cónyuges, padres e hijos y otros convivientes, mientras se mantenga el matrimonio, la potestad familiar o la vida en común<sup>32</sup>. Se ha intentado llenar por la doctrina este vacío legal mediante una interpretación objetivista, y quizás un tanto forzada, del artículo 1969 del Código Civil<sup>33</sup>, de manera que el plazo de prescripción ha de computarse sólo desde el momento en que la pretensión correspondiente pudo ejercitarse en una perspectiva objetiva, teórica, con abstracción de las circunstancias concretas que afecten al titular. Cuando entre las partes existe una relación o una situación jurídica de naturaleza familiar el ejercicio de la acción sólo aparece como objetivamente razonable cuando dicha relación o situación se ha extinguido o ha desaparecido. Los casos más notables son, pues, los de acciones entre cónyuges, entre el titular de la patria potestad y la persona sujeta a ella o entre el tutor o el pupilo. En todos estos supuestos se mantiene que la prescripción no debe comenzar hasta la disolución del matrimonio (o, al menos, hasta la separación de los cónyuges), la extinción de la patria potestad o la terminación de la tutela<sup>34</sup>.

<sup>32</sup> Señala Díez-PICAZO, L.: *La prescripción extintiva en el Código Civil y en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, 1.ª edición, Thomson Civitas, 2003, pp. 142-143, que en la suspensión la prescripción queda paralizada, pero, al reanudarse, conserva eficacia y se tiene en cuenta el tiempo de prescripción ya transcurrido. Dice que nuestro Código Civil no conoce, con carácter general, la figura de la suspensión de la prescripción y que, por consiguiente, no constituyen causas generales de suspensión de la prescripción ni la guerra, ni la imposibilidad individual de ejercicio del derecho, ni la incapacidad ni la ausencia del titular; tampoco la yacencia del patrimonio del cual el derecho prescrito forma parte. Con carácter excepcional la Ley de 1 de abril de 1939 sí concede la suspensión en atención de determinadas circunstancias. Tal ley estima suspendidos, *ex lege* y con carácter retroactivo desde el 17 de julio de 1936, todos los plazos de prescripción, en atención a la guerra civil y a la imposibilidad o, al menos, gran dificultad que se deriva para el ejercicio de los derechos. La suspensión se produce en todos los casos en que «*por la situación de las personas, de los bienes o de los medios necesarios o adecuados, no hubiese sido posible desde entonces el ejercicio de los expresados derechos y acciones*».

<sup>33</sup> El artículo 1969 del Código Civil señala que «*El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*».

<sup>34</sup> Así consúltese en Díez-PICAZO, L.: *La prescripción en el Código Civil*, Bosch, Barcelona, 1964, pp. 86-87. En un sentido parecido UREÑA MARTÍNEZ, M.: *La suspensión de la prescripción extintiva en el derecho civil*, Comares, Granada, 1997, pp. 237 y 241, señala que, aunque nada impide en principio desde el punto de vista material el inicio del cómputo o el transcurso del plazo de las acciones que recíprocamente se originan entre personas, o unidas por un vínculo matrimonial o por la patria potestad o por una relación de tutela, sin embargo, a su juicio, no es razonable desde un punto de vista moral el ejercicio de dicho derecho cuando haya un nexo de unión de naturaleza familiar. De esta forma se evitaría poner en peligro la convivencia familiar, ya que si los plazos de prescripción corren frente a los familiares, parece que se verían presionados u obligados a defender sus intereses e interponer acciones, enturbiándose la paz familiar. RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *La suspensión de la prescripción en el Código Civil español. Estudio crítico de la legalidad vigente*, Dykinson, Madrid, 2002, pp. 117-135, mantiene una opinión diversa a la doctrina mayoritaria. Señala que el juego de la prescripción no puede constituir un obstáculo para que se cumplan los principios constitucionales y para que sean protegidos los derechos fundamentales de los ciudadanos, entre ellos, el acceso al proceso y a la tutela judicial



La institución de la suspensión de la prescripción se encuentra recogida de modo expreso en la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña<sup>35</sup>. Explica la Exposición de Motivos de la Ley que tal figura, presente en los ordenamientos jurídicos más próximos, reclamaba una regulación como categoría general. Hasta el momento las causas objetivas eran las únicas causas de suspensión reconocidas por el sistema jurídico catalán, en especial, los casos de guerra o grave crisis social (que ahora se reconducen al concepto de fuerza mayor). A estas circunstancias objetivas se suman ahora las circunstancias subjetivas derivadas de razones personales o familiares, que se dan cuando una persona menor de edad o incapaz carece de representación legal, de modo que no puede ejercer sus derechos, y cuando causas afectivas y de proximidad personal convierten en muy difícil el hacer valer la pretensión frente a otra persona del entorno familiar. En concreto, la regulación se encuentra en el artículo 121-16<sup>36</sup>. Como ya he señalado, este mecanismo se encuentra presente también en otros ordenamientos jurídicos próximos. Así, el BGB, antes de la importante reforma del Derecho de Obligaciones articulada por Ley de 1 de enero de 2002 para la armonización del Derecho de Obligaciones (*Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*), ya preveía la suspensión por causas familiares en el parágrafo 204 (aplicándose a las pretensiones entre cónyuges, padres e hijos y tutor y pupilo)<sup>37</sup>. El común denominador de las hipótesis previstas en dicho parágrafo es el vínculo fami-

efectiva del artículo 24 CE. De manera que nuestro ordenamiento tiene que llevar a cabo una interpretación conforme a la Constitución del artículo 1969 del Código Civil, de forma que se permita a todos los ciudadanos un razonable ejercicio de sus derechos e intereses legítimos que sea compatible con su extinción por prescripción. El propone una interpretación de dicho precepto distinta a la interpretación objetiva dada por la doctrina y la jurisprudencia dominante, que sea conforme al artículo 24 CE. Así, señala que, para que el acceso al proceso de los ciudadanos quede a salvo con ocasión de la prescripción, es necesario que el plazo de prescripción se compute, no ya desde que la pretensión correspondiente pudo ejercitarse en una perspectiva objetiva, teórica, con abstracción de las circunstancias concretas que afecten al titular, sino interpretando la expresión «*se contará desde el día en que pudieron ejercitarse*» en el sentido de ejercicio posible y efectivo por parte de ese titular, en una valoración racional y personal de dicha posibilidad.

<sup>35</sup> BOE núm. 32, 6.2.2003.

<sup>36</sup> «*La prescripción también se suspende:*

- a) *En las pretensiones de las cuales sean titulares personas menores de edad o incapaces, mientras no dispongan de representación legal.*
- b) *En las pretensiones entre cónyuges, mientras dura el matrimonio, hasta la separación judicial o de hecho.*
- c) *En las pretensiones entre los miembros de una unión estable de pareja, mientras se mantiene la convivencia.*
- d) *En las pretensiones entre el padre o la madre y los hijos en potestad, hasta que ésta se extingue por cualquier causa.*
- e) *En las pretensiones entre la persona que ejerce los cargos de tutor, curador, administrador patrimonial, defensor judicial o acogedor y la persona menor o incapaz, mientras se mantiene su función correspondiente».*

<sup>37</sup> § 204 «*(Hemmung aus familiären Gründen)*

*Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht. Das gleiche gilt von Ansprüchen zwischen Eltern und Kindern während der Minderjährigkeit der Zinder und von Ansprüchen zwischen dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses».* Puede consultarse la traducción de EIRANOVA ENCINAS, E.: *Código Civil alemán comentado*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1998, pp. 105-106: «*La prescripción de las pretensiones entre los cónyuges se suspende durante todo el tiempo en el que dure el matrimonio. Lo mismo se aplica a las preten-*

liar que constituye, en el lenguaje de la Exposición de Motivos del BGB, una relación de piedad digna de la mayor de las delicadezas<sup>38</sup>. El nuevo párrafo 207 BGB, fruto de la citada reforma, regula de forma más detallada la suspensión de la prescripción por motivos familiares y otras causas análogas, añadiendo, por ejemplo, los daños entre las parejas de hecho<sup>39</sup>. Por su parte el Código Civil francés se ocupaba igualmente de la suspensión de la prescripción en los artículos 2252 y 2253, referidos, respectivamente, a los menores emancipados y mayores sometidos a tutela y a los cónyuges<sup>40</sup>. Posteriormente, los artículos 2268 y 2269 del Anteproyecto francés de reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la prescripción, concebido en el año 2003 (aunque ve la luz el 22 de septiembre de 2005) con el objetivo de que Francia tenga un Código Civil más acorde al momento actual, reitera el con-

*siones entre padres e hijos durante la minoría de edad de los hijos y a las pretensiones entre el tutor y el pupilo durante el tiempo de la relación tutelar».*

<sup>38</sup> ZIMMERMANN, R.: *Comparative Foundations of a European Law of Sett-Off and Prescription*, University Press, Cambridge, 2002, p. 139.

<sup>39</sup> §207 *Hemmung der Verjährung aus familiären und ähnlichen Gründen.*

«(1) *Die Verjährung von Ansprüchen zwischen Ehegatten ist gehemmt, solange die Ehe besteht. Das Gleiche gilt für Ansprüche zwischen*

1. *Lebenspartnern, solange die Lebenspartnerschaft besteht,*
2. *Eltern und Kindern und dem Ehegatten eines Elternteils und dessen Kindern während der Minderjährigkeit der Kinder,*
3. *dem Vormund und dem Mündel während der Dauer des Vormundschaftsverhältnisses,*
4. *dem Betreuten und dem Betreuer während der Dauer des Betreuungsverhältnisses und*
5. *dem Pflegling und dem Pfleger während der Dauer der Pflegschaft.*

*Die Verjährung von Ansprüchen des Kindes gegen den Beistand ist während der Dauer der Beistandschaft gehemmt».*

La traducción al castellano del citado párrafo es la siguiente: «*Suspensión de la prescripción por razones familiares y otras similares*

(1) *La prescripción de pretensiones entre cónyuges queda suspendida mientras dura el matrimonio. Lo mismo rige para pretensiones entre:*

1. *Convivientes en pareja de hecho mientras se mantiene la pareja de hecho.*
2. *padres e hijos y el cónyuge de un progenitor con los hijos de éste durante la minoría de edad de los hijos.*
3. *el tutor y el pupilo durante la relación de tutela.*
4. *el asistido y el asistente legal durante la relación de asistencia legal, y*
5. *el sometido a curatela y el curador durante la curatela.*

*La prescripción de pretensiones del menor frente al defensor judicial queda suspendida durante el ejercicio del cargo».* Esta es la traducción contenida en el *Código Civil alemán y Ley de Introducción al Código Civil*, Lamarca Marqués (dir), Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, p. 71. Ampliamente, dando noticia sobre lo que ha supuesto la reforma en materia de prescripción en el BGB y los problemas que se han encontrado para su reelaboración véase CAÑIZARES LASO, A.: «La prescripción en el BGB después de la reforma del Derecho de Obligaciones», *Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, Vol. I, 2002, pp. 409 y ss., especialmente la página 428 para el tema de la suspensión por causas familiares.

<sup>40</sup> Artículo 2252: «*La prescription ne court pas contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, sauf ce qui est dit à l'article 2278 et à l'exception des autres cas déterminés par la loi.*»

Artículo 2253: «*Elle ne court point entre époux*»

En la doctrina francesa, relativa al artículo 2253 del *Code*, se ha expresado que la suspensión de la prescripción se dirige a evitar entre los cónyuges las acciones judiciales que puedan ser fatales a sus buenas relaciones. Véase MAZEAUD, H. et L., MAZEAUD, J. et CHABAS, F.: *Leçons de Droit Civil*, Tomo II, Premier Volume, Obligations, 9.<sup>a</sup> édition, Montchrestien, Paris, 1998, p. 1214.

tenido de los citados preceptos del *Code*<sup>41</sup>. Finalmente se ha aprobado la *Loi* n.º 2008-561 *du 17 juin* 2008, que reforma la prescripción en materia civil, que regula la suspensión de la prescripción por motivos familiares en sus artículos 2235 (referido a los menores no emancipados y los mayores sujetos a tutela)<sup>42</sup> y 2236 (referido a los esposos y a las parejas ligadas por un pacto civil de solidaridad)<sup>43</sup>. También el artículo 2941 del Código Civil italiano hace alusión en sus cuatro primeros números a la suspensión de la prescripción por la existencia de relaciones entre las partes de carácter familiar o de potestad<sup>44</sup>. Es obligado mencionar también las letras *a*) y *b*) del artículo 318 del Código Civil de Portugal<sup>45</sup>, los artículos 2905 y 2906 del Código Civil de Québec<sup>46</sup> y el artículo 3: 321 del moderno Código Civil holandés<sup>47</sup>.

Dos últimas observaciones. Primero, el hecho de que se prevea en todos estos ordenamientos citados la suspensión del plazo de prescripción de las posibles acciones judiciales entre los cónyuges o entre los padres e hijos no significa necesariamente que con ello se esté admitiendo, de modo implícito, la existencia de responsabilidad civil extracontractual entre dichos familiares. Segundo, se ha mantenido con acierto, en relación con la justificación de

<sup>41</sup> Véase la traducción de CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción», *ADC*, fascículo II, 2007, pp. 621 ss. (en especial p. 845).

<sup>42</sup> «*Elle ne court pas ou est suspendue contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, sauf pour les actions en paiement ou en répétition des salaires, arrérages de rente, pensions alimentaires, loyers, fermages, charges locatives, intérêts des sommes prêtées et, généralement, les actions en paiement de tout ce qui est payable par années ou à des termes périodiques plus courts.*»

<sup>43</sup> «*Elle ne court pas ou est suspendue entre époux, ainsi qu'entre partenaires liés par un pacte civil de solidarité.*»

<sup>44</sup> Artículo 2941: «*La prescrizione rimane sospesa:*

1) *tra i coniugi,*

2) *tra chi esercita la potestà di cui all'articolo 316 o i poteri a essa inerenti e le persone che vi sono sottoposte,*

3) *tra il tutore e il minore o l'interdetto soggetti alla tutela, finché non sia statu reso e approvato il conto finale, salvo quanto è disposto dall'articolo 387 per le azioni relative alla tutela,*

4) *tra il curatore e il minore emancipato o l'inabilitato [...].*

<sup>45</sup> «*A prescrição não começa nem corre :*

a) *Entre os cônjuges, ainda que separados judicialmente de pessoas e bens;*

b) *Entre quem exerça o poder paternal e as pessoas a ele sujeitas, entre o tutor e o tutelado ou entre o curador e o curatelado»*

El Código Civil portugués explícitamente considera la suspensión del plazo entre cónyuges, incluso cuando exista separación judicial entre ellos. Es decir, no sólo se prevé la suspensión cuando el matrimonio funciona con normalidad. La razón radica en que el estado de separación no implica la definitiva ruptura de la unidad familiar, ésta podría lograrse de nuevo a través del mecanismo de la reconciliación. Véase en este sentido UREÑA MARTÍNEZ, M.: *La suspensión de la prescripción extintiva.... cit.* p. 235.

<sup>46</sup> Artículo 2905: «*La prescription ne court pas contre l'enfant à naître.*

*Elle ne court pas, non plus, contre le mineur ou le majeur sous curatelle ou sous tutelle, à l'égard des recours qu'ils peuvent avoir contre leur représentant ou contre la personne qui est responsable de leur garde.»*

Artículo 2906: «*La prescription ne court point entre les époux pendant la vie commune.»*

<sup>47</sup> La traducción inglesa del párrafo primero del precepto y, en concreto, de sus letras a y b es la siguiente: «*There is cause for extinction of prescription:*

a) *between spouses not separated from bed and board;*

b) *between a legal representative and the incapable person whom he represents».*

Puede consultarse tal precepto en *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek. Het Vermogensrecht*, translated by Haanappel and Mackaay, Kluwer, Deventer-Boston, 1990, p. 146.

la suspensión de la prescripción por razones familiares, que seguramente se explica mucho más en las relaciones de potestad (por ejemplo, entre personas sujetas a incapacidad y sus representantes), que en las relaciones entre cónyuges. Por una parte, si se admite por ley la suspensión de la prescripción entre los esposos mientras dura la convivencia, o bien el divorcio posibilitaría recuperar viejas cuentas, o bien la muerte de uno de los esposos conduciría a una desagradable sorpresa al superviviente cuando los herederos del fallecido interpusieran sus reclamaciones frente a él por daños que, como regla general, habrían prescrito hacía años. Por otra parte, si se reflexiona sobre el motivo de la suspensión de la prescripción es difícil comprender por qué tal regla no podría extenderse a otras hipótesis semejantes, por ejemplo, a personas próximas que vivan en el mismo hogar común. Realmente tal regla tiene su razón de ser de modo exclusivo en las reclamaciones entre personas sujetas a una incapacidad y sus representantes y está basada en un motivo distinto a la existencia de un vínculo de carácter familiar entre unas y otras; se fundamenta en la imposibilidad que tiene la persona incapaz de actuar por sí misma<sup>48</sup>.

### III.2 REQUISITOS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

#### A) ACCIÓN U OMISIÓN INTERVINIENDO CULPA O NEGLIGENCIA

La sentencia mantiene que Doña Remedios realiza un acto contrario a derecho, por una parte, porque impide que el hijo menor se relacione con su padre vulnerando así el artículo 160 del Código Civil. Ya me he referido en el epígrafe anterior a este punto; a mi juicio la madre no conculca de forma directa su derecho-deber de relacionarse con el hijo en cuanto titular del mismo (único contenido al que parece referirse el precepto); otra cosa distinta es que con su conducta vulnere indirectamente ese derecho-deber de relacionarse del que es titular el padre respecto del hijo, en cuanto quien tiene la guarda de hecho del niño (y ella tiene la guarda y custodia legal en un principio, después la de hecho) posee a su vez el deber de no impedir u obstaculizar la relación entre el hijo y el progenitor no conviviente. Es decir, en estos casos de obstrucción a la comunicación con el hijo, el medio por el que el progenitor conviviente lesiona el derecho-deber que tiene el progenitor no conviviente de acuerdo con el artículo 160 del Código Civil es el incumplimiento de su carga o gravamen de consentir y facilitar las relaciones personales entre el hijo y el progenitor favorecido con el derecho de visita. Por otra

<sup>48</sup> En este sentido se pronuncia ZIMMERMANN, R.: *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription...* cit. pp. 140-141. Según el mismo autor (*El Nuevo Derecho Alemán de Obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho Comparado*, traducción al castellano de Arroyo i Amayuelas, 1.ª edición, Bosch, 2008, p. 171) todas estas consideraciones están muy presentes en los redactores del artículo 14: 305 de los Principios de Derecho Contractual Europeo, elaborados por la Comisión *Lando* y que, sin duda, son uno de los proyectos más avanzados y conocidos a favor de la armonización del Derecho Contractual en Europa. El citado precepto de los PECL se ocupa de la suspensión de la prescripción por falta de capacidad. Por consiguiente, no centra su atención en la existencia de lazos familiares que suele haber entre las personas incapaces y sus representantes, sino que parte de la idea de que quien sufre la incapacidad no puede ejercitar la pretensión y, en consecuencia, no puede frenar el transcurso del tiempo computable a efectos de prescripción. Se entiende mejor la postura adoptada en los PECL si se tiene en cuenta que *Zimmermann* es, en su momento, el jurista de la Comisión *Lando* encargado de la redacción del capítulo 14 y de la elaboración de los fundamentos de Derecho comparado subyacentes.

parte, según la resolución la madre también lleva a cabo un acto contrario a derecho porque se opone a la ejecución de la sentencia que otorga la guarda y custodia del hijo a su padre, estimando como hecho probado que la madre conocía el contenido de dicha sentencia porque había presentado en su momento los oportunos recursos contra ella. Según la resolución «... *conociendo el contenido de las diversas sentencias que ella misma recurrió, debe considerarse que hubo una acción deliberada dirigida a cometer un acto consistente en impedir las relaciones paterno-filiales*». Es decir, el Tribunal Supremo estima responsable a la madre en cuanto su conducta es dolosa, e identifica el dolo con el conocimiento. Es interesante desarrollar estos dos últimos aspectos que acabo de señalar.

En primer lugar, la importante sentencia italiana a la que me he referido con anterioridad, la sentencia del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000, aunque no concede la indemnización por el daño moral al hijo por las razones antes apuntadas, sin embargo sí otorga una indemnización al padre por los daños que el comportamiento de la madre le ha causado. El tribunal italiano considera probado que la imposibilidad para el actor de ejercitar su derecho de visita es imputable a la madre, entendiéndolo que el comportamiento de la madre es injustificado e ilícito por varios motivos. Entre otros, por idéntico motivo a nuestro Tribunal Supremo; insiste el Tribunal de Roma en que las visitas al padre están fijadas por sentencias judiciales (la que dicta la separación y la que dicta el divorcio) y que la demandada ha actuado en contra de lo previsto en tales decisiones<sup>49</sup>. En el caso de la sentencia española objeto de este comentario en realidad la demandada no incumple tanto la sentencia judicial que establecía las visitas (aunque durante un primer momento, como ya he indicado, sí era así) cuanto la resolución judicial que otorgaba al padre la guarda y custodia del niño<sup>50</sup>.

En segundo lugar, quisiera desarrollar ahora algunas consideraciones relativas a la conducta dolosa de la demandada. Aquí es claro que efectivamente existe dolo, en cuanto es un hecho probado que ella conoce la existencia y el contenido de la resolución judicial que atribuye al padre la guarda y custodia del niño. Es interesante reflexionar sobre cuál es el criterio de impu-

<sup>49</sup> Señala la sentencia italiana que la conducta del progenitor que tiene la guarda del menor consistente en impedir, constante, continua y durante largo tiempo, sin un adecuado motivo, al progenitor no conviviente visitar y permanecer con el hijo, es reconducible al artículo 388 párrafo 2.º del Código Penal. Así, la madre ha tratado de eludir la ejecución de la sentencia del juez civil, con autoridad de cosa juzgada, dado que la madre no ha tenido ni la menor intención de cumplir lo establecido por aquel respecto a los encuentros entre el padre y el hijo. Este precepto del Código Penal italiano conmina con prisión de uno a tres años y a multa a quien elude o incumple un mandato del juez civil concerniente a la entrega o puesta a disposición para la guarda de menores o incapaces.

<sup>50</sup> Mantiene RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *El derecho de visita... cit.* p. 311 que en nuestro ordenamiento el precepto penal en que cabe encuadrar la conducta del guardador que impide las relaciones del menor a su cargo con el beneficiario de las mismas es el artículo 556 del Código Penal de 1995, que regula el delito de desobediencia grave a la autoridad: «*Los que, sin estar comprendidos en el artículo 550, resistieren a la autoridad o a sus agentes o los desobedecieren gravemente, en el ejercicio de sus funciones, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año*». También la sentencia objeto de este comentario señala que la responsabilidad civil de la madre no impide que, al mismo tiempo y de forma independiente, puedan ejercitarse acciones penales por desobediencia (fundamento de derecho quinto *in fine*). Señala YZQUIERDO TOLSADA, M.: *Aspectos civiles del Nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997, p. 453, que si el incumplimiento de una sentencia o de un convenio judicialmente aprobado puede considerarse delito de desobediencia a la autoridad, sin más requisito que el conocimiento real por el interesado de la orden que debía acatar, tal hecho sirve para apoyar la innecesariedad de la tipificación de nuevos delitos entre familiar en el Código Penal.

tación subjetiva aplicable en el ámbito de la familia, esto es, si en atención a las características propias del Derecho de Familia la aplicación de la responsabilidad civil al ámbito familiar ha de revestir una serie de peculiaridades. En el Código Civil si en sede de responsabilidad civil si en la normativa reguladora del derecho de familia no se han establecido reglas específicas cuando el dañante y el dañado forman parte de la misma familia; pero ello no significa que se tenga que imponer al familiar agente del daño la obligación de indemnizar en los mismos casos en que debería hacerlo frente a un tercero según las normas generales de la responsabilidad civil: los términos abiertos de nuestras normas de responsabilidad civil (por ejemplo, mediante el uso del concepto «negligencia») permiten al juez la incorporación a los juicios de imputación de las características propias de las relaciones familiares, obteniéndose así idénticos resultados a los de aquellos ordenamientos que poseen normas específicas sobre responsabilidad civil en el Derecho de Familia<sup>51</sup>. En este sentido podrían distinguirse, incluso, hasta tres tesis distintas:

La primera es aquella que apunta que el daño entre familiares, para ser reparable, ha de ser cometido con dolo, de manera que los daños culpables no se indemnizan. Quizás en esta clave habría que interpretar la ya citada STS de 22 de julio de 1999, resolución que entiende que no ha de indemnizarse al ex cónyuge que sufre la infidelidad el daño moral porque falta la conducta dolosa de la mujer tendente a ocultar la identidad del padre del menor nacido dentro del matrimonio. La madre conoce la verdadera paternidad del hijo en el procedimiento de impugnación de la paternidad iniciado por el propio hijo después del divorcio de sus padres. Puesto que en nuestro ordenamiento el artículo 1902 del Código habla de negligencia y no exclusivamente de dolo, tendría un mayor peso, como dice *Roca Trias*<sup>52</sup>, la negativa del Supremo al otorgamiento de la indemnización por daños entre cónyuges si el Supremo considerara, con esta decisión, que en las relaciones familiares no se aplica sin más el artículo 1902 del Código Civil, sino que se requiere un *plus* como el dolo. Pero cabe dudar de que ésta sea la verdadera razón del Supremo para negar la indemnización entre miembros de una familia, ya que en la segunda sentencia (la de 30 de julio 1999), dictada inmediatamente después, sí hay dolo de la ex esposa (ella inicia el procedimiento de impugnación de la paternidad) y aún así no ha lugar a la responsabilidad civil, aunque se ve obligado el Tribunal a mantener motivos distintos a la ausencia de dolo en la demanda para justificar su fallo (en concreto, cita la aplicación exclusiva y excluyente de los remedios del Derecho de Familia para el incumplimiento de los deberes conyugales y el peligro de proliferación de demandas triviales y la alteración de la armonía doméstica).

Evidentemente el dolo no puede referirse en estas hipótesis que acabo de mencionar al incumplimiento del deber conyugal (ya que la infidelidad, salvo

<sup>51</sup> Así lo afirman FERRER I RIBA, J.: «Relaciones familiares y límites del Derecho de Daños»... *cit.* p. 1842 y SALVADOR CODERCH, P.: «Causalidad y responsabilidad», *Indret* 3/2002, p. 6, (<http://www.indret.com>). Opina lo contrario DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: «Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales», *La Ley*, 2007, Tomo II, D-70, p. 1662, ya que a su juicio el comportamiento de un cónyuge que incumple los deberes conyugales causa un daño al otro que encaja perfectamente en el esquema del artículo 1902 del Código Civil, y tal precepto considera la culpa como criterio general de imputación de responsabilidad civil, sin distinción de grados.

<sup>52</sup> «La responsabilidad civil en el Derecho de Familia...», *cit.* p. 561.

casos aislados, es un acto intencionado<sup>53</sup>), sino a la conducta de la mujer hacia la paternidad del hijo. Es cierto que no hay dolo en cuanto no conoce a ciencia cierta la verdadera paternidad del hijo, pero no es menos cierto que sí cabe hablar de culpa grave en la actuación del cónyuge infiel: si uno tiene una aventura fuera del matrimonio sin poner los oportunos impedimentos para una futura procreación, entra dentro del abanico de posibilidades un embarazo extramatrimonial. Y en estos supuestos de, digamos, ignorancia o desconocimiento negligente de la verdadera paternidad por parte del cónyuge infiel: ¿no cabe equiparar el dolo a la culpa grave a efectos de la responsabilidad civil?

Parece que el dolo en otros ordenamientos sí se exige para apreciar responsabilidad civil entre cónyuges por el incumplimiento de los deberes conyugales, pero el dolo no se refiere tanto al conocimiento por la esposa de la verdadera paternidad del hijo cuanto a la intención de dañar sobre este aspecto al cónyuge que sufre la infidelidad. Así, los tribunales norteamericanos consideran indemnizable por causación intencional de daños emocionales el supuesto en que la mujer, en el propio procedimiento de divorcio, declara el carácter extramatrimonial del hijo y, en cambio, no resarcen los daños al marido que se entera, después de un tiempo, de que no es el verdadero padre tras un largo silencio por parte de su cónyuge<sup>54</sup>. Por su parte el Tribunal Supremo alemán ha reconocido de forma excepcional el derecho a la indemnización en el caso de adulterio cuando hay intención cualificada de causar daño, pero no en virtud del parágrafo 823 sino por el parágrafo 826 BGB (por causación dolosa de daños atentando contra las buenas costumbres). Así ocurre en la sentencia del BGH de 19 de diciembre de 1989<sup>55</sup>. El marido reclama a su antigua mujer las cantidades pagadas por el mantenimiento durante largo tiempo de la que creía hija suya. Pero el tribunal sostiene que los daños producidos al otro cónyuge por el incumplimiento de deberes conyugales no encuentran amparo en el parágrafo 823 BGB, debido a las características especiales del matrimonio, que sólo puede regirse por las normas del Derecho de Familia y no por las normas del Derecho de Daños. Pero las reclamaciones entre cónyuges podrían encajar en el parágrafo 826 BGB si el cónyuge que incumple el deber conyugal ha tenido una conducta dañosa de carácter inmoral. Por ejemplo, si la mujer infiel ha realizado afirmaciones falsas al marido para disipar sus dudas acerca de su paternidad. No obstante, no hay tal comportamiento inmoral, de acuerdo con esta sentencia, si el cónyuge infiel guarda silencio acerca de su conducta, ya que no hay un deber de los esposos de dar a conocer al otro su adulterio.

La segunda tesis consiste en mantener que la responsabilidad civil en el ámbito familiar no sólo surge en caso de que el agente del daño haya incurrido en dolo sino también en caso de culpa grave<sup>56</sup>. Tal posición encuentra apoyo en ciertos preceptos del ordenamiento jurídico español, que prevén el resarcimiento en supuestos especiales de daños entre familiares y que señalan este criterio de imputación subjetiva. Un ejemplo es el artículo 168 del

<sup>53</sup> Según RAGEL SÁNCHEZ, L.F.: «Comentario a la STS 30 julio 1999» *cit.* p. 160 sólo en los casos de actuación en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas puede sostenerse que la infidelidad es un incumplimiento negligente de deberes conyugales.

<sup>54</sup> DOBBS, D.B.: *The Law of Torts*, West Group, St. Paul, Minn., 2000, p. 758.

<sup>55</sup> *NJW*, 1990, pp. 706-709.

<sup>56</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Remedios indemnizatorios en el ámbito de las relaciones conyugales», *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda (Coordinador), Aranzadi, 2006, p. 160.

Código Civil, que señala en su párrafo segundo que en caso de pérdida o deterioro de los bienes de los hijos por dolo o culpa grave, responderán los padres de los daños y perjuicios sufridos. Otros ejemplos son dos preceptos del Código Civil que regulan daños entre cónyuges, constante matrimonio, que se rigen por la sociedad de gananciales: artículos 1390 y 1391 del Código Civil. Estas disposiciones tipifican determinadas conductas (actos abusivos, dañinos y fraudulentos en la administración y gestión de los bienes comunes, llevados a cabo de forma ordinaria por uno solo de los cónyuges) que son considerados por la ley como actos que obligan a indemnizar<sup>57</sup>. Realmente no creo que de estos preceptos pueda derivarse la regla general sobre los criterios de imputación subjetiva aplicables a cualquier daño entre familiares. Entre otras cosas, porque este tipo de preceptos del Código Civil, ubicados en la normativa reguladora del Derecho de Familia, que prevén el resarcimiento del daño como medida, solamente cabe aplicarlos al supuesto especial que regulan, que suele ser muy concreto: así, el artículo 168 del Código Civil se está refiriendo a la exigencia por parte de los hijos de una rendición de cuentas a los padres sobre la administración de sus bienes al extinguirse la patria potestad. Pero, sin embargo, sí estoy de acuerdo con que la reparación de los daños entre familiares, que derivan de la lesión de derechos fundamentales del familiar víctima, debe requerir que dicha lesión sea causada con dolo o culpa grave. Pero fundamentalmente en aras de conciliar los principios directrices del Derecho de Familia y del Derecho de Daños, por ejemplo, en aras de respetar la paz y la unidad familiar. Antes, y en la actualidad también, existe un gran interés en el mantenimiento de la institución familiar y pienso que, en consecuencia, ha de preservarse la paz familiar como un valor fundamental, paz familiar que sólo debe romperse para proteger a su vez valores e intereses también prioritarios en el ordenamiento, como puede ser el caso de la vulneración con dolo o culpa grave de derechos fundamentales de las personas.

Esta segunda tesis es la adoptada en el poco exitoso Proyecto argentino de Reforma del Código Civil de 1998, que se inclina por aceptar de modo expreso la responsabilidad en el ámbito de las relaciones de familia en general, pero limitada al dolo o culpa grave. Su artículo 1686, precepto que se refiere a un grupo de supuestos en que sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave, en su apartado a) señala: «*Sin perjuicio de disposiciones especiales en los siguientes casos sólo hay responsabilidad si se obra por dolo o culpa grave: a) Si el daño, en los casos en que no está justificado, se produce en el ámbito de las relaciones de familia*». Es preciso señalar que el

<sup>57</sup> Artículo 1390: «*Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiera éste obtenido un beneficio o un lucro exclusivo para él u ocasionando dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto*».

Artículo 1391: «*Cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible*».

Pero, como señala ROCA TRIAS, E.: «La responsabilidad civil en el Derecho de Familia...», *cit.* p. 544, no nos encontramos ante una hipótesis de responsabilidad entre cónyuges en sentido estricto, sino de responsabilidad de un cónyuge frente a la masa de gananciales. No es el otro cónyuge quien ha sufrido la pérdida derivada del comportamiento doloso o fraudulento de su cónyuge, sino la sociedad de gananciales, y es precisamente ésta la que debe ser indemnizada. Por consiguiente, sólo de modo indirecto se trata de una responsabilidad entre cónyuges.



artículo 1604 del citado Proyecto señala en su apartado *c*) que «*La falta extrema de diligencia configura culpa grave, que es asimilada al dolo*». La doctrina argentina ha apuntado numerosas razones para justificar tal trato benévolo o preferencial, que excluye la responsabilidad civil del familiar en los supuestos de meras negligencias, imprudencias o impericias comunes o leves<sup>58</sup>: la responsabilidad civil imputada a un miembro de la familia es un elemento que quiebra la armonía del grupo, han de privilegiarse los intereses superiores de la constitución de la familia y de su estabilidad frente a los intereses del perjudicado, la reivindicación absoluta de los propios intereses individuales frente al familiar llevaría a la falta absoluta de solidaridad familiar, el amor no es exigible jurídicamente bajo la amenaza de ningún tipo de sanción... Por otra parte, se ha afirmado<sup>59</sup> que el Proyecto de Código Civil de 1998, en este artículo 1686, continúa la tradición argentina en materia de familia, aunque es cierto que el ordenamiento civil en su conjunto no acepta la diferencia entre culpa leve y grave en general. En materia de familia, el Código de Vélez ya exigía culpa grave tanto en materia de tutela como para otorgar el divorcio por injurias. En concreto, el actual artículo 461 del Código Civil argentino señala que «*Contra el tutor que no se dé verdadera cuenta de su administración, o que sea convencido de dolo o culpa grave, el menor que estuvo a su cargo tendrá el derecho de apreciar bajo juramento el perjuicio recibido, y el tutor podrá ser condenado en la suma jurada, si ella pareciere al juez estar arreglada a lo que los bienes del menor podían producir*». Y el artículo 202 inciso 4.º del Código Civil también establece que las injurias sean graves para ser causa de divorcio.

Hay una tercera y última tesis que va mucho más allá, y que mantiene que en ciertas hipótesis de responsabilidad civil el familiar agente del daño no sólo debe responder en caso de dolo o culpa en su actuación, sino que hay supuestos en que se le podría exigir una responsabilidad civil objetiva. Es la opinión que mantiene *Mosset Iturraspe*, de manera que a su juicio determinadas conductas familiares orientadas, por ejemplo, a la procreación, pueden ser creadoras de riesgos o peligros (como las técnicas de fecundación asistida). En este tipo de hipótesis debería dejarse fuera del debate la culpabilidad del miembro de la familia que actúa. Según este autor el hecho de pertenecer a una familia impone a sus miembros una específica prudencia y, por tanto, no han de permitirse comportamientos que generan riesgos o peligros que pueden desencadenar o provocar daños en otros miembros de la familia<sup>60</sup>. Ahora bien, no creo que esté justificado en absoluto la imposición de un sistema de responsabilidad civil objetiva en el ámbito de la familia<sup>61</sup>. En primer lugar, porque no se dan los presupuestos que deben exigirse para la adopción de un modelo semejante de responsabilidad civil. Las actividades que llevan a cabo los cónyuges o los progenitores en la vida familiar no creo que impliquen un riesgo especial, que vaya más allá de lo que puede considerarse normalmente tolerable. Por otra parte, ni cónyuges ni progenitores obtienen un

<sup>58</sup> MOSSET ITURRASPE, J.: «Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad en las relaciones familiares», *Revista de Derecho de Daños*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni editores, No. 2, 2001, pp. 11-12.

<sup>59</sup> MEDINA, G.: «Daño extrapatrimonial en el Derecho de Familia y el Proyecto de Código Civil unificado de 1998», pp. 28-29 (<http://www.graciamedina.com>).

<sup>60</sup> «Los factores subjetivos y objetivos de atribución de la responsabilidad...», *cit.* pp. 10-12.

<sup>61</sup> A favor de esta conclusión también SAMBRIZZI, E.A.: *Daños en el Derecho de Familia*, La Ley, Buenos Aires, 2001, p. 6.

beneficio económico con el desempeño de su actividad en la familia. Todo lo contrario, han de compartir sus recursos económicos con todos los miembros del grupo familiar, el cuidado tanto de las tareas domésticas como de las personas a su cargo disminuye su tiempo real de dedicación al trabajo y con ello su capacidad de ganancia... Y creo que esta misma conclusión puede extenderse al ámbito de las técnicas de reproducción asistida, ya que engendrar un hijo no puede estimarse, como regla general, una actividad peligrosa, ni desde luego son precisamente los progenitores los que se lucran con el uso de tales técnicas. La segunda razón por la que no procede un sistema de responsabilidad civil tan riguroso en este ámbito de las relaciones familiares es porque probablemente no debe extenderse un sistema de responsabilidad civil objetiva a otros ámbitos distintos a los que el legislador de manera expresa ha decidido adoptarlo. Y en materia de Derecho de Familia hoy por hoy no hay ninguna disposición legal que lo establezca, de manera que habrá que aplicar en esta esfera las normas generales de la responsabilidad civil extracontractual previstas en nuestro Código Civil, esto es, un sistema de responsabilidad subjetiva<sup>62</sup>.

Volviendo a la hipótesis de la sentencia objeto de comentario, en ningún caso podría mantenerse, y desde luego la resolución no lo hace, que la madre ha incurrido en dolo o culpa grave por el mero hecho de trasladarse con el menor a otro país, tras la separación o el divorcio, con el efecto, ciertamente negativo para el progenitor no conviviente, de que éste se ve separado del menor y privado, por tanto, de una relación, física al menos, más cotidiana con el hijo<sup>63</sup>. Sin embargo es cierto que en estos supuestos de separación de los hijos del progenitor no conviviente tras la crisis matrimonial, sobre todo si se trasladan los menores a otro país o ciudad, se pueden generar ciertos daños materiales a aquel, así, gastos de transporte y alojamiento cuando vaya a visitar a los menores. Pero desde luego no creo que tales gastos puedan ser indemnizados por la vía de la responsabilidad civil extracontractual a menos que se acredite la existencia de dolo o culpa grave en el progenitor conviviente, pero sí que deben tenerse en cuenta por los tribunales mediante la adopción de ciertas medidas, por ejemplo, a través de la disminución de la pensión alimenticia que ha de pagar el progenitor no conviviente. De hecho algunas resoluciones ya lo han hecho<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Una crítica a una tendencia jurisprudencial que extiende un sistema de responsabilidad civil objetiva a ámbitos para los que el legislador no ha previsto de modo expreso tal sistema véase en Díez-PICAZO, L.: *Derecho de Daños*, 1.ª edición, Civitas, Madrid, 1999, pp. 115 y ss y 241-242 y «Culpa y riesgo en la responsabilidad extracontractual», *La responsabilidad en el Derecho*, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 4 (2000), Madrid, 2001, pp. 163 y 166. En general sobre la evolución reciente experimentada por el Tribunal Supremo consistente en una vuelta al criterio de imputación por culpa, huyendo de criterios objetivadores, véase ROCA I TRIAS, E.: «El riesgo como criterio de imputación subjetiva del daño en la jurisprudencia del TS español», *InDret* 4/2009, pp. 1-17 (<http://www.indret.com>).

<sup>63</sup> En este sentido DE TORRES PEREA, J.M.: *Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar*, 1.ª edición, Iustel, Madrid, 2009, pp. 247 ss señala que un cambio de domicilio que no esté justificado y que impida al menor de hecho mantener toda relación con su otro progenitor, o que la disminuya, ha de considerarse que va en contra del interés superior del menor y, por consiguiente, puede dar lugar a la adopción de distintas medidas judiciales dirigidas a neutralizar el daño causado al niño por esta vía.

<sup>64</sup> Así, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 11.4.2000, en un caso en que las hijas se trasladan con la madre a Méjico tras el divorcio, quedándose el padre en Madrid, entiende que, aunque del pago de la pensión alimenticia no se exime al progenitor en ningún caso, sin embargo como en este supuesto los gastos del padre cuando va a Méji-

Por último, a mi juicio no hay dolo o culpa por parte del progenitor conviviente con el hijo si aquel acredita la existencia de hechos susceptibles de producir un grave daño en la educación y en los intereses del menor si éste se relaciona con el progenitor no conviviente. Una hipótesis conflictiva podría ser la alegación, por parte del progenitor que obstaculiza la relación del hijo con el otro progenitor, de que el menor no quiere ver a su padre, con el fin, claro, de exonerarse de responsabilidad. Desde luego será interesante en este sentido el dato de la edad del menor. Algún autor mantiene que a veces cuando un hijo adolescente tiene hacia su padre no guardador sentimientos de aversión o de repulsa y alega una razón seria para ello, puede ser conveniente que el juez, en interés del hijo y con el fin de evitarle perjuicios serios e irreversibles, suspenda, al menos de forma temporal, el derecho de visita del padre, porque a veces la imposición obligatoria de los lazos con el progenitor podría tener efectos contraproducentes, dañosos para ambos<sup>65</sup>. Creo que en estos casos en que el progenitor conviviente alega que el menor no quiere ver al otro progenitor es correcto, de cara a concluir si hay conducta reprochable en aquel, indagar los motivos por los que el menor se niega a las visitas del progenitor: puede ser por capricho del niño, puede ser por inducción de terceros (normalmente del otro progenitor), o bien puede ser el indicio de que estas visitas no son muy satisfactorias para el interés del menor. En todo caso nada podrá resolverse sin la valiosa colaboración de expertos (psiquiatras o psicólogos) que indaguen y comprendan la actitud del niño<sup>66</sup>. Un supuesto muy frecuente en la práctica es el denominado síndrome de alienación parental, en el que desde luego no parece lógico que el progenitor conviviente pueda exonerarse de responsabilidad alegando sin más que el menor no quiere ver al otro progenitor, porque en este tipo de hipótesis el menor es influido de tal forma por el progenitor conviviente que manifiesta no querer ver al otro progenitor<sup>67</sup>. A determinadas edades sobre todo es evidente la influencia del progenitor conviviente sobre los hijos. Parece que en las instancias europeas ha habido un cambio de orientación respecto a las citadas hipótesis de síndrome de alineación parental, ya que en un principio se niega el derecho de visita al progenitor no conviviente ante el mero rechazo de los menores<sup>68</sup>. Existe un caso planteado ante la Comisión Europea de Derechos Humanos de Estrasburgo de 21 de octubre de 1998 (citado precisamente por la sentencia objeto de este comentario), cuyos hechos son los siguientes<sup>69</sup>: El padre italia-

co a ver a las hijas son tan elevados (corren a su cargo tanto los gastos del transporte como los de la estancia), queda justificado perfectamente que esta circunstancia afecte, no sólo a la fijación de la pensión alimenticia mensual, sino también a la suspensión de la misma en el periodo vacacional que las hijas están en España. Véase el fundamento de derecho 3.º de la sentencia (AC 2000, 3778). No obstante, en Alemania el Tribunal territorial (*OLG*) de *Brandenburg* admite una indemnización de daños y perjuicios ante un desplazamiento, sin causa justificada, del hogar familiar en un caso que la madre se traslada a vivir a otra ciudad y el padre solicita que se le indemnicen los gastos de transporte y hotel, necesarios para poder pasar los fines de semana junto a sus hijos. Véase tal resolución en *FamRZ*, 2001, pp. 1021-1023.

<sup>65</sup> KEMELMAJER, A.: «Daños y perjuicios causados al progenitor...», *cit.* p. 302.

<sup>66</sup> FALCÓN, E.N.: «Tenencia. Visitas y daños...», *cit.* pp. 548-549.

<sup>67</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del Derecho de Daños...», *cit.* p. 193.

<sup>68</sup> *Idem*, *cit.* pp. 184-185.

<sup>69</sup> Véase el texto de la sentencia en *DFP*, Vol. 4, 1999, pp. 1003-1012. Comenta dicha resolución en la misma revista, volumen y año SALZANO, A.: «L'ingerenza dello Stato nella vita familiare secondo il giudizio della Commissione Europea dei diritti dell'Uomo», pp. 1012-1018.

no, casado con una mujer danesa, se traslada tras el divorcio a Dinamarca para poder cumplir con el régimen del derecho de visitas. Pero debido a la influencia de la madre la hija rechaza al padre, que vuelve a Italia con una severa depresión. El padre denuncia a Dinamarca ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, pero se rechaza tal denuncia alegando que no hay violación del artículo 8 de la Convención de Roma para la salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y que el régimen de visitas puede ser suspendido, aún por tiempo indeterminado, cuando los hijos manifiesten un constante sentimiento de rechazo y repulsa hacia su progenitor, incluso aunque tales sentimientos sean debidos a la influencia ejercitada por las personas que les rodean; debiendo prevalecer, pues, el derecho del menor a la serenidad personal y familiar. Muy distinta, sin embargo, es ya la sentencia de 13.7.2000 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Asunto *Elsholz* contra Alemania, demanda núm. 25735/1994)<sup>70</sup>, que ya ha reconocido, condenando al Estado alemán, la procedencia del resarcimiento de daños y perjuicios (pecuniarios y no pecuniarios) causados a un padre al que se le niega el régimen de visitas sobre la base de las declaraciones de su hijo extramatrimonial de 5 años, víctima del síndrome de alienación parental. En concreto, el tribunal estima que se está ante un daño moral cierto sufrido por el demandante, ya que la negativa a autorizarle a mantener contactos con su hijo desde 1991 le provoca en su momento angustia y desamparo. Pero, claro, se condena a reparar el daño moral al Estado alemán, no a la madre que impide el derecho de visita.

## B) DAÑO

Aquí no consiste en que la madre obstaculiza el derecho-deber de visita del padre (porque él tiene la guarda y custodia), aunque en un momento inicial sí es así, de manera que con acierto señala la sentencia objeto de comentario que el daño, que califica de moral, consiste «*en la imposibilidad de un progenitor de tener relaciones con el hijo por impedirlo quien se encuentra de hecho a cargo del menor*».

La sentencia del Tribunal de Roma de 13 de junio de 2000, mencionada con reiteración en este trabajo, permite también adentrarse en los daños que se generan al progenitor en este tipo de casos. En cuanto a los daños causados al progenitor no conviviente, la resolución italiana mantiene que han de resarcirse tanto los daños no patrimoniales sufridos por éste como el daño biológico en cuanto supuesto integrante en la integridad psicofísica (bien tutelado por el artículo 32 de la Constitución italiana); perjuicios generados en la medida en que se ha visto imposibilitado de satisfacer su derecho a conocer al hijo, a relacionarse con él y a educarlo<sup>71</sup>. Los daños (perturbaciones neuropsíquicas, dolor, ansiedad y angustia producida por no haber podido cumplir sus deberes hacia el hijo, ni haber podido satisfacer sus legítimos dere-

<sup>70</sup> TEDH 2000/152

<sup>71</sup> También la sentencia del Tribunal de *Monza* de 5 de noviembre de 2004 indemniza los daños no patrimoniales sufridos por la madre en cuanto el padre no le ha permitido o no ha contribuido durante diez años a la relación entre el hijo y la madre. Hay una responsabilidad civil del padre por el grave daño ocasionado al derecho personal de la madre a la plena realización de la relación parental (en concreto, el tribunal le condena a indemnizar el daño moral y existencial con la suma de 50.000 euros). Véase esta resolución en CASSANO, G.: *Rapporti familiari, Responsabilità civile e danno esistenziale*, Cedam, Padova, 2006, pp. 230-231.

chos de padre, con consecuencias perjudiciales en su propia vida de relación...) son acreditados en el pleito con el informe de una médico psicóloga, de un consultorio familiar y de la sesión de Mediación familiar de la Universidad *La Sapienza* de Roma. Nuestra doctrina ha entendido también que la privación de la relación del hijo con uno de los progenitores por parte del otro progenitor lleva consigo una lesión de la integridad física y psíquica del progenitor, con los consiguientes daños morales y patrimoniales que de ahí derivan<sup>72</sup>.

En la resolución española el demandante sólo pide la indemnización por los daños morales, pero no los patrimoniales. Estamos, como en general en cualquier hipótesis de existencia de un daño moral, ante un problema claro de valoración del *quantum* indemnizatorio. Así reconoce el propio tribunal que el daño moral resulta totalmente indeterminado al carecer de criterios objetivos para cuantificarlo. Considera adecuada la cantidad de 60.000 euros, teniendo en cuenta que el daño es irreversible<sup>73</sup>. No se reclaman por el demandante los daños materiales, pero es indudable que este tipo de daños también existen en este supuesto de la privación de la relación con el hijo. En general la doctrina cita, como ejemplos de daños que se generan para el progenitor con la obstaculización del derecho de visita, entre otros, todos los gastos derivados de intentar hacer efectivo el régimen de visita incumplido (como, por ejemplo, los billetes de avión al lugar donde la visita debía realizarse<sup>74</sup>), y los daños materiales derivados de la lesión a la integridad psíquica, como las consecuencias pecuniarias por los posibles inconvenientes laborales originados (falta de asistencia al trabajo, pérdida de oportunidades laborales...) y por los tratamientos médicos necesarios<sup>75</sup>. Por supuesto que, como alega la propia sentencia aquí comentada, el padre podría haber reclamado en este supuesto los daños materiales ocasionados por los diversos procedimientos judiciales iniciados durante los años siguientes a la marcha del niño a Estados Unidos.

### C) RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Mantiene correctamente la sentencia que no cabe imputar objetivamente el daño al centro y a la asociación (parece que por ausencia de prueba) y, en cambio, sí a la madre. El origen del daño cabe atribuirlo a la madre por ser la persona que ostenta la obligación legal de colaborar para que el padre pueda ejer-

<sup>72</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del Derecho de Daños...», *cit.* p. 198.

<sup>73</sup> En general la valoración del *quantum* indemnizatorio presenta grandes problemas en las diversas hipótesis de daños que pueden existir en el ámbito de la familia. Así, por ejemplo, en la responsabilidad civil que surge por el incumplimiento del deber de fidelidad matrimonial y la ocultación al marido de la verdadera paternidad del hijo. La sentencia de la AP de Barcelona de 16.1.2007 otorga una indemnización de 15.000 euros al marido por el daño moral derivado de descubrir que no era el padre de la menor que durante cuatro años había creído hija suya. La Audiencia considera que el marido sufre un daño moral claro (estuvo sometido a un tratamiento psiquiátrico) y equipara este daño a la muerte física de un hijo. Cabe dudar de que tal equiparación, que también hace la sentencia de la AP de Valencia de 2.11.2004, sea válida, ya que según *Farnós* debería valorarse el daño moral en este tipo de hipótesis en función de otros parámetros, como el número de hijos respecto de los cuales se ha ocultado la paternidad, el tiempo que ha durado el engaño y la posibilidad de seguir manteniendo vínculos con los hijos –lo que dependerá sobre todo de la edad que tienen cuando se descubre la falsa paternidad–. Véase «Indemnización del daño moral derivado de ocultar la paternidad»..., *cit.* p.21.

<sup>74</sup> KEMELMAJER, A: «Daños y perjuicios causados al progenitor...», *cit.* p. 303.

<sup>75</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: «Aplicación del Derecho de Daños...», *cit.* p. 198.

cer sus facultades en cuanto titular de la patria potestad y de la guarda y custodia del menor. En esta hipótesis la imputación objetiva del daño al familiar es muy clara, sin embargo en otros casos de responsabilidad civil en el ámbito de la familia ya no resulta tan evidente. Menciono dos ejemplos, aunque ciertamente podrían enumerarse muchos más. Así, el caso de daños prenatales transmitidos a los hijos por herencia o por contagio de enfermedad. Es complicado probar en estos supuestos en que se transmite o contagia la enfermedad en el momento de la concepción la relación de causalidad entre el comportamiento de los padres y el daño. No parece que pueda afirmarse con rotundidad que el daño (lesión de la salud del hijo) haya sido causado por los progenitores, ellos no provocan directamente la enfermedad en el hijo. Se ha señalado que es muy diferente este caso de la hipótesis en que la enfermedad o la tara del niño es ocasionada por los malos tratos del padre a la madre embarazada, o por el consumo de drogas o bebidas alcohólicas por parte de la madre durante el embarazo<sup>76</sup>. En estos últimos supuestos la enfermedad podría haberse evitado si el progenitor hubiese adoptado una conducta distinta, por ejemplo, no pegar a la madre o no consumir en exceso las aludidas sustancias<sup>77</sup>. En cambio, en el caso de la transmisión de enfermedades durante la concepción, no hay manera de evitar el daño por parte de los progenitores si no es a través de la no concepción. Y es complicado reprochar jurídicamente a los padres que, en virtud de su

<sup>76</sup> ATIENZA NAVARRO, M.L.: «La responsabilidad civil de los padres por las enfermedades o malformaciones con que nacen sus hijos en el ámbito de la procreación natural», *Daños en el Derecho de Familia*, De Verda (coordinador), 1.ª edición, Thomson Aranzadi, 2006, pp. 64-65.

<sup>77</sup> Ahora bien, la responsabilidad civil de la madre en caso de desarrollo de ciertos comportamientos que dañan al concebido (práctica de deportes peligrosos durante el embarazo, conducción de automóviles, llevar una dieta alimenticia muy estricta, consumo de alcohol u otras drogas, consumo de medicamentos...) requiere un tratamiento más complejo. Podrían jugar dos tipos de criterios para una posible solución: Primero, sólo los comportamientos causados con dolo, esto es, los ocasionados con la intención de causar un daño al niño en la gestación deben dar lugar a responsabilidad civil. Por consiguiente, los comportamientos realizados de forma negligente o descuidada por la madre no constituyen hipótesis de responsabilidad civil, ya que sin duda debe privilegiarse la relación existente entre los padres y los hijos. De hecho ésta es la solución acogida por el legislador penal cuando se ocupa de regular el delito de lesiones prenatales, de manera que cuando el artículo 158 del Código Penal de 1995 tipifica la modalidad gravemente imprudente de las lesiones al feto, excluye sin embargo a la embarazada como sujeto activo del delito. Segundo, aquí se presenta un claro conflicto de intereses entre la libertad y el derecho a la intimidad de la madre, por una parte, y, por otra, el derecho a la salud y a la integridad física o psíquica del hijo. En general en el Derecho Comparado, y siempre y cuando estemos ante conductas no dolosas, se ha entendido que ha de prevalecer la libertad y el derecho de la intimidad de la madre, ya que se trata de comportamientos que entran dentro del ámbito del riesgo permitido. Un ejemplo claro es Gran Bretaña, cuya *Congenital Disabilities (Civil liability) Act 1976* estima que la madre no es responsable por daños prenatales a su hijo que sean consecuencia de su actuar negligente. Consúltese al respecto CLERK, J. F. and LINDSELL, W.H.B.: *On Torts*, 15.ª edición, Sweet & Maxwell, London, 1982, p. 130 § 2-38. La única excepción prevista es para los daños causados en accidentes de tráfico cuando ella conduce, sabiendo o debiendo saber que está embarazada (*Section 2* de tal ley). Claro, que esta excepción podría tener dos tipos de razones: La primera es que no hay inconveniente en estimar este tipo de demandas por daños entre familiares cuando hay un seguro que cubre la responsabilidad por tales daños; aquí no se produciría un perjuicio para la familia (todo lo contrario, habría un aumento del patrimonio) y el conflicto de intereses se situaría entre el hijo y un extraño no familiar (la compañía de seguros). La segunda razón es que probablemente en estos casos de accidentes de circulación el deber de cuidado de la madre gestante no nace por el hecho de ser madre sino del deber general de conducir de modo diligente. El canon de diligencia es más riguroso además cuando hablamos de un daño que puede afectar a terceros.

libertad de procreación, decidan concebir un hijo aun a riesgo de que pueda nacer con enfermedades. Aunque se considere que la concepción de un hijo, cuando hay posibilidad de transmitirle una enfermedad contagiosa, o de carácter hereditario o genético, es una conducta de los progenitores ciertamente irresponsable, no cabe mantener que hay un deber jurídico de paternidad responsable, por lo que la conducta no le es imputable al agente productor del daño. Sólo puede hablarse de un deber de carácter moral<sup>78</sup>. Por otra parte, la acreditación de la relación de causalidad puede ser también muy complicada en cuanto la transmisión de enfermedades o taras juega muchas veces con criterios de probabilidad y no de certeza. Como señala *Macía Morillo*, el hecho de que uno o ambos padres sean portadores no quiere decir que de modo necesario la enfermedad vaya a manifestarse en los hijos, sino que puede existir una mayor o menor probabilidad según el tipo de enfermedad<sup>79</sup>. Otra hipótesis de daños entre familiares en la que a veces no concurre el presupuesto de la imputación objetiva es en algunos accidentes domésticos, esto es, en ciertos incumplimientos negligentes del deber de velar por los hijos que tienen los progenitores. Muchas acciones u omisiones culposas de los padres hacia los hijos ocurridas en el ámbito doméstico, aunque generen daños, no son reparables en virtud del criterio del riesgo general de la vida. Han de excluirse del ámbito del artículo 1902 del Código Civil los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar<sup>80</sup>. No habría que olvidar tampoco que en estos supuestos de accidentes domésticos, además de falta de imputación objetiva, puede existir culpa exclusiva de la víctima. Pensemos en un menor de 16 años que sufre una grave quemadura al tocar la plancha que su madre, por ir a responder al teléfono, ha dejado encendida encima de la tabla de planchar<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> MACÍA MORILLO, A.: *La responsabilidad médica por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, p. 68 nota de pie de página 94.

<sup>79</sup> *Idem*, cit. p. 68 nota de pie de página 94.

<sup>80</sup> Como dice la STS de 17 de julio de 2007 (RJ 2007, 4895), en su Fundamento de Derecho tercero número 6.º, en el ámbito doméstico son fácilmente imaginables acciones u omisiones culposas de los anfitriones para con sus invitados, como, por ejemplo, servir una comida en no buenas condiciones, o no haber reparado antes de la visita ciertos desperfectos que podrían ocasionar daños (un cuadro se ha descolgado, o la pata de una silla no está bien sujeta), pero ello no significa que «absolutamente todas las situaciones hipotéticamente peligrosas sean merecedoras de imputación objetiva si el peligro es remoto y aquellas entran dentro de la normalidad del hogar». Estas palabras del tribunal, aunque referidas a la relación anfitrión-visitados, podrían aplicarse por analogía a los accidentes ocurridos en el ámbito doméstico entre cónyuges o entre padres e hijos. Véase el comentario a dicha sentencia de SALVADOR CODERCH, P. y RAMOS GONZÁLEZ, S.: «Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados», *Indret* 2/2008, pp. 1-11 (<http://www.indret.com>) y un apunte a la misma en Díez-PICAZO GIMÉNEZ, G. y ARANA DE LA FUENTE, I.: *El desbordamiento del Derecho de Daños*, Thomson Civitas, 1.ª ed., 2009, pp. 286-289.

<sup>81</sup> Cabe hacer referencia a tres criterios o factores que permiten graduar si hay efectivamente, en cada caso concreto, vulneración negligente del deber de vigilancia de los padres hacia los hijos: las circunstancias personales del menor, las circunstancias personales de los progenitores y las circunstancias objetivas de cada caso concreto. En relación con las primeras es muy relevante el dato de la edad. El deber de vigilancia de los padres disminuye a medida que aumenta la edad del menor, y ello parece perfectamente coherente con la concepción de la familia, de la patria potestad y con el reconocimiento de la personalidad del menor propio de nuestro actual ordenamiento jurídico. Sobre el tema véase mi monografía *Responsabilidad civil en el Derecho de Familia...* cit. pp. 235 y ss; y los trabajos de FERRER I RIBA Y RUISÁNCHEZ CAPELASTEGUI, C.: «Niños y adolescentes», *Indret* 1/2000, pp. 8 y 10 (<http://www.indret.com>) y GÓMEZ CALLE, E.: «Responsabilidad de los padres y centros docentes», *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo III, Parte especial segunda, Reglero Campos (coordinador), 4.ª edición, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 167 y ss.





# Sentencias

A cargo de: **Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ**

Colaboran: **Ana M.<sup>a</sup> CARRETERO SANTOS, Margarita CASTILLA BAREA, M.<sup>a</sup> Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, César SEMPERE RODRÍGUEZ.**

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. Nulidad del contrato civil por actuar en fraude de ley administrativa (art. 6.3 CC).**–Afirma el Tribunal Supremo que actuar de forma contraria a las normas imperativas administrativas puede suponer la nulidad del contrato civil. Si el negocio jurídico resulta incompatible con las normas administrativas una de las posibles consecuencias del negocio será su invalidez.

En el caso de las cooperativas, la sanción de la administración grave consistente en este caso en la descalificación de estas sociedades como tales, supone la corroboración de la nulidad civil de los contratos celebrados en fraude de ley administrativa y no la exclusión de ésta. (**STS de 31 de octubre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.–La compañía mercantil SU., S.A., celebró un contrato de for-fait con la cooperativa ACCA, S.C.A.L., por el cual se comprometía a desmontar el algodón administrado de forma exclu-

siva por SU., S.A. Como consecuencia de este contrato se anticipan ciertas cantidades por parte de esta última a la cooperativa andaluza.

Al mismo tiempo de la celebración del contrato, se ejecuta hipoteca que pesaba sobre la finca en la que se realizaban dichas labores, entrando en posesión y administración interina de la finca E.M.S., S.L., cesionaria del crédito hipotecario por el cual se había constituido garantía real sobre dicho inmueble.

Llegado el momento de iniciar la actividad, ACCA, S.C.A.L., incumple señalando que el contrato es contrario a los intereses de los cooperativistas y debe ser declarado nulo. Por su parte, E.S.M., S.L., considera dicho contrato nulo por ir en contra de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas de 1985, que establecía un límite máximo en operaciones con terceros, siendo necesaria autorización administrativa para superar dicho límite, y siempre hasta un máximo del 40%, suponiendo la contravención de esos principios sanción grave. Por todo lo cual, dicho contrato se celebró en fraude de ley y con la única finalidad de que la cooperativa continuase con la administración de la finca.

La mercantil SU, S.A., interpone demanda contra ACCA, S.C.A.L. y contra E.S.M., S.L., en la que se solicita la devolución de las cantidades anticipadas por ésta para el cumplimiento del contrato de for-fait más los intereses legales, y la indemnización por perjuicios y lucro cesante a E.S.M., S.L.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda. Se interponen sendos recursos de apelación que son desestimados por la Audiencia Provincial de Córdoba, confirmando íntegramente la decisión de primera instancia. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto por E.S.M., S.L., y casa la sentencia recurrida. (A. M. C. S.)

**2. Plazo de prescripción extintiva del crédito hipotecario.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo considera que un crédito garantizado con hipoteca no es un crédito ordinario y merece un régimen jurídico distinto. Por esta razón mantiene que la acción personal derivada del derecho de crédito, al estar éste garantizado con hipoteca, ve extendido su plazo de prescripción de los quince a los veinte años. (STS de 10 de diciembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Habiendo transcurrido más de 15 años, pero menos de 20 años, desde el vencimiento de una obligación garantizada con hipoteca, se interpone una demanda solicitando se declare extinguida la hipoteca que garantiza dicho derecho de crédito.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y estima la demanda, declarando extinguida la hipoteca. El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto, revoca la sentencia recurrida y confirma la resolución de primera instancia. (M. J. P. G.)

**3. Acción de responsabilidad extracontractual: prescripción.**—La yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual y la teoría de la unidad de la culpa civil no pueden llevarse hasta el extremo de rechazar la aplicabilidad del artículo 1968.2.º CC en favor de la empresa demandada que lo alegue frente a una reclamación de daños y perjuicios por culpa extracontractual en un accidente de trabajo, bajo el argumento de que la culpa no sería extracontractual sino contractual, y, al mismo tiempo, rechazar también la aplicabilidad del artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores bajo el argumento de que, siendo contractual la culpa del empresario en la causación del accidente por inobservancia de las normas sobre seguridad e higiene en el trabajo vigentes a la sazón, el cumplimiento de estas normas no dimanaría del «contenido literal» del contrato de trabajo, sino del principio general establecido para todos los contratos en el artículo 1258 CC, pues la propia sentencia impugnada razona, para rechazar la prescripción del artículo 1968.2.º CC, que «el daño generado se incardina dentro de la esfera de las obligaciones y derechos que integran el contenido de la relación contractual existente al tiempo de su producción entre el finado y las empresas constructoras». En consecuencia, el plazo de prescripción de la acción, si la responsabilidad del empresario no se considera extracontractual sino contractual, no será el general de 15 años del artículo 1964 CC., sino el específico de un año establecido en el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores. **(STS de 5 de enero de 2008; ha lugar en parte.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En junio de 1989, fallece D. D., un trabajador de la construcción, al precipitarse al vacío desde la primera planta del edificio en obras. El 17 de junio de 1993, 20 meses después de la última actuación interruptiva (24 de septiembre de 1991), su viuda e hijos interponen demanda de indemnización de daños y perjuicios contra técnicos, empresa contratista, empresa subcontratista (empleadora del fallecido) y aseguradoras de ambas. En primera instancia se condena a la empresa contratista y a la subcontratista. El fallo es recurrido por la empresa contratista y también por la parte actora. La Audiencia confirma la sentencia de primera instancia. La empresa contratista recurre en casación. (S. M. S.)

**4. Responsabilidad extracontractual. El cómputo del plazo de ejercicio de la acción de responsabilidad civil por enfermedad profesional se inicia en el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados.**—Es reiterada la doctrina jurisprudencial, la que establece que no puede entenderse como fecha inicial del cómputo, *dies a quo*, la del alta en la enfermedad cuando quedan secuelas, sino la de la determinación invalidante de éstas, es decir, en el momento en que queda determinada la incapacidad o los defectos permanentes originados, pues hasta que no se sabe su alcance no puede reclamarse en base a ellas, ya que es en ese momento cuando el perjudicado tiene un conocimiento cierto, seguro y exacto de la entidad de los perjuicios. La doctrina relativa a que «en caso de reclamaciones por lesiones, se computa el plazo prescriptivo a partir de la determinación del quebranto padecido», constituye una constante en las declaraciones de esta Sala, y se encuentra recogida en numerosas sentencias (SS de 3 de octubre y 20 de septiembre de 2006, 22 de julio, 13 de febrero,

22 de enero y 13 de julio de 2003, que a su vez cita las de 22 de marzo de 1985, 21 de abril de 1986, 3 de abril y 4 de noviembre de 1991, 30 de septiembre de 1992, 24 de junio de 1993 y 26 de mayo de 1994).

En el caso concreto, tal y como señala la sentencia de la Audiencia Provincial, es el 10 de abril de 1991 cuando el Sr. Federico tiene un conocimiento cabal y exacto de su enfermedad por el informe del Doctor Carlos Daniel, del Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo, en que se diagnostica una enfermedad profesional con el nombre de Polineuropatía por N-Hexano, y en el que se estima que el grado de alteración en relación con su profesión puede calificarse como incapacidad permanente total para su profesión habitual.

Es más, aún si prescindieramos del citado informe, el plazo de prescripción del año del artículo 1968 CC nunca podría comenzar a correr más tarde del 4 de marzo de 1993, fecha en que se presenta la documentación solicitada por la Subdirección de Invalidez de la Dirección Provincial de Sevilla del INSS (folio 461), previa puesta en conocimiento de don Federico, del Dictamen emitido por la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades, en el que se estima la probable existencia de una invalidez permanente, habiendo declarado esta Sala, que se debe fijar el inicio del cómputo en el momento en que «la Unidad de Valoración Médica de Incapacidades del Instituto Nacional de la Salud, dictaminó previo examen precedente, las secuelas derivadas del accidente laboral, y comunicó tal dictamen o valoración al lesionado» (S de 22 de julio de 2003, con cita de la de 13 de julio de 2000); que «cuando se propone por la comisión de valoración de la Dirección Provincial el grado de incapacidad permanente, es claro, pues, que a partir de esta fecha debe iniciarse el cómputo del año», como dice la S de 13 de febrero de 2003; que «hasta que la Comisión de Evaluación, en 24 de agosto de 1994, formuló propuesta de declaración “de Invalidez en grado de Incapacidad Permanente Absoluta por la contingencia de accidente de trabajo para todo tipo de profesión sin posibilidad razonable de recuperación (...)”, siendo, por tanto, en esta fecha cuando el lesionado pudo tener conocimiento del alcance de las secuelas de las lesiones sufridas» (S de 22 de enero de 2003); y, por último, que «si la parte se hubiera aquietado al dictamen emitido por la Unidad de Valoración Médica, respecto de la incapacidad no reconocida, hay que en tal caso habría que estar al informe propuesto» (S de 1 de febrero de 2006). Por todo ello el motivo perece. **(STS de 3 de diciembre de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El empleado de una empresa reclama a ésta una indemnización por haber contraído en su puesto de trabajo una enfermedad profesional que le causó una incapacidad total permanente para el desarrollo de su profesión habitual. Queda demostrado que cuatro meses después de cesar en su empleo, aparece el primer informe médico que determina el origen de la parálisis progresiva que sufría el trabajador: una intoxicación por inhalación de un producto tóxico empleado en su lugar de trabajo, que permite calificar su dolencia como enfermedad profesional. Estimada la demanda en primera instancia, tanto la sociedad empleadora, como la compañía aseguradora de ésta, interponen recurso de apelación, basado principalmente en la excepción de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual *ex* artículos 1968 y 1969 CC Revocada por la Audiencia la sentencia del Juzgado, el demandante interpone el recurso de casación, centrándose la cuestión en diluci-

dar si el *dies a quo* para el ejercicio de dicha acción se cuenta desde el momento en que el perjudicado tiene conocimiento por primera vez del origen y alcance de su dolencia, o si el cómputo se inicia en la fecha del Dictamen emitido por la Unidad Médica de Valoración de Incapacidades del INSS. El Alto Tribunal desestima el recurso de casación. (L. F. R. S.)

**5. Interrupción del plazo de prescripción del artículo 1902 CC.**—El Tribunal Supremo ha sostenido reiteradamente que la apreciación de la prueba suministrada por las partes acerca de la interrupción o no del plazo de prescripción es de la exclusiva soberanía del Tribunal de instancia, sin que pueda combatirse con éxito en casación si no se demuestra el error de derecho en la valoración de la prueba (SSTS de 25 de abril de 2000 y de 9 de marzo de 2006).

Por otro lado, la doctrina y la jurisprudencia han venido entendiendo que el artículo 1973 CC contempla una causa natural de interrupción de la prescripción, de manera que estos actos son conservativos y de defensa del derecho del titular (STS de 23 de enero de 2007). Los casos de interrupción no pueden interpretarse en sentido extensivo, por la inseguridad e incertidumbre que llevaría consigo la exigencia y virtualidad del derecho mismo (SSTS de 31 de diciembre de 1917, 9 y 12 de mayo de 2006). Además, como requisito para su apreciación, la acción antes ejercitada y la que después se use han de ser siempre la misma y no otra con la que tenga mayor o menor analogía. Por tanto, para que pueda tenerse por interrumpida la prescripción, conforme al artículo 1973 CC, ha de darse una identidad de acciones. **(STS de 14 de febrero de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—A, hijo de los actores, se encontraba descargando un camión de muebles en un almacén de P, sufriendo una caída al introducir uno de sus pies en un palé allí existente, a consecuencia de la cual se golpeó la cabeza y falleció a primeras horas del día siguiente. Con motivo de dicho accidente, el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Ceuta incoó diligencias previas, concluyendo con auto donde se decretaba el sobreseimiento provisional de las mismas. Posteriormente, los actores interpusieron demanda ante el Juzgado de lo Social contra la empresa de P, suplicando que se dictara sentencia por la que se declarara que dicha muerte fue debida a accidente de trabajo y se condenara a la demandada a abonar una serie de prestaciones (subsidio por defunción, pensión del 85% de la base reguladora, indemnización). Dicho Juzgado de lo Social desestimó la demanda al declarar la falta de jurisdicción de dicho orden para conocer de la misma. Igualmente, se desestima el recurso de apelación formulado por los demandantes, al considerar la Audiencia Provincial la prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual, al transcurrir el plazo de un año desde la firmeza del auto de archivo penal (art. 1968.2 CC). Además, declara que la demanda interpuesta ante el Juzgado de lo Social no es apta, ni aún como reclamación extrajudicial, para interrumpir el plazo de prescripción, dada la distinta identidad de las acciones ejercitadas en aquel orden jurisdiccional en relación con la que pos-

teriormente se formula: en la demanda laboral se ejercitaba una acción basada en el contrato de trabajo y conforme a lo dispuesto en las normas laborales (se reclaman determinadas prestaciones amparadas en dicha legislación), en tanto que posteriormente se produce una reclamación civil derivada de un accidente de trabajo que nada tiene que ver con el contenido de la relación laboral entre A y la empresa demandada, sino con el deber general de no dañar a otro (art. 1902 CC).

Se interpone así recurso de casación, alegando la interpretación errónea de los artículos 1968, 1973 y 1975 CC. Sin embargo, el Tribunal Supremo viene a confirmar la sentencia de la Audiencia y considera que la acción aquiliana se ha extinguido por prescripción, al no haberla ejercitado antes del año transcurrido desde el archivo de las diligencias penales. (S. L. M.)

## DERECHO DE LA PERSONA

**6. Transexualidad: inscripción del cambio de sexo sin cirugía de reasignación sexual con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/2007, de 15 de marzo.**—Antes de la entrada en vigor de la Ley reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, la jurisprudencia mayoritaria consideraba un requisito esencial e imprescindible para la rectificación registral que previamente se hubiera completado la cirugía de reasignación de sexo (SSTS de 2 de julio de 1987, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991, 15 de julio de 1998, 6 de septiembre de 2002 y 17 de septiembre de 2007 y RDGN de 8 y 31 de enero de 2001). No obstante, es oportuno destacar que la denominada jurisprudencia «menor» había admitido el cambio de sexo y de nombre, a pesar de que no se hubiera concluido dicha cirugía (SSAP Barcelona, 17 de febrero de 2004; Madrid, 15 de julio de 2004; Valencia, 30 de diciembre de 2004; Cádiz, 20 de abril de 2005 y Valladolid, 23 de mayo de 2005). Tras la citada Ley de 2007, la rectificación registral puede acordarse una vez la persona pruebe que se le ha diagnosticado disforia de género; y siempre y cuando haya sido tratada durante al menos dos años para acomodar sus características físicas al sexo reclamado, si bien no es necesario que el tratamiento médico haya concluido con cirugía de reasignación sexual.

En la actualidad, el Tribunal Supremo observa que existe un debilitamiento de la influencia del sexo en los comportamientos sociales y en las valoraciones jurídicas. Además la asunción de las pautas o roles de un sexo determinado van desapareciendo y se tiende hacia la uniformidad, incluso en las relaciones familiares. Desde esta perspectiva y teniendo en cuenta la última legislación citada, no parece adecuado seguir sosteniendo la relevancia de la determinación del sexo por razón de la aplicación de los caracteres del estado civil (orden público, inoperatividad, indisponibilidad, peculiaridades procesales...). En los casos de disforia de género, la intervención quirúrgica de reasignación de sexo no parece justificada como presupuesto necesario del tratamiento médico. Ahora se considera que la persona está afectada por un estado patológico que exige tratamiento, pero que éste no se dirige a corregir la tendencia sexual hacia el sexo fenotípico o genotípico, sino hacia el psíquico o anímico. Es por ello que el Tribunal considera que en este esta-

do de la cuestión impedir la inscripción del cambio de sexo por no someterse a la cirugía de reasignación supone un freno al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), pues en la disforia de género lo que priman son los factores psíco-sociales en la determinación del sexo, es decir, el derecho de la persona a dejar que el libre desarrollo de su personalidad se proyecte en su imagen y se desarrolle dentro de un ámbito de privacidad; su derecho a sostener la identidad sexual como expresión de la identidad personal.

Finalmente, respecto de la aplicación de la ley a supuestos previos a la entrada en vigor de la misma, el Tribunal Supremo aplica por analogía el contenido de la DT 4.<sup>a</sup>, inciso 3.º, a los casos en los que se trate de un derecho solicitado conforme a la antigua ley. (**STS de 6 de marzo de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Desde 1989, doña B se encontraba en tratamiento para realizar un cambio al sexo masculino. Se le han efectuado algunas de las operaciones quirúrgicas de cambio de sexo (mastectomía, histerectomía...), pero tras múltiples complicaciones en una intervención de rodilla, los médicos le desaconsejaron que llevase a cabo la intervención genital dado su delicado estado de salud. La demandante solicita que se declare haber lugar al cambio de sexo y que en todos los documentos figure como don E.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda. El tribunal entiende que no es posible afirmar la existencia de identidad morfológica plena de varón, ya que no se había completado el ciclo de intervenciones quirúrgicas de transexualidad, pues faltaba la implantación de los órganos genitales masculinos. Se interpone recurso de apelación y la Audiencia Provincial lo desestima y confirma la sentencia de instancia. La parte actora interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo declara haber lugar al mismo, casa y anula la sentencia dictada en apelación y declara haber lugar a la rectificación del nombre y de sexo solicitada, procediendo a la inscripción en el Registro Civil.

NOTA.—En primer lugar, hay que destacar que existe una sentencia de la misma fecha y ponente de esta Sala del Tribunal Supremo con idénticos fundamentos jurídicos para un caso muy similar. Y, en segundo lugar, sobre esta materia *vid.*, entre otros, Enrique RUBIO TORRANO («Disforia de género: cambio de sexo y nombre», *Aranzadi Civil*, n.º 3, 2007, pp. 2553-2556 y «Transexualidad y Registro Civil», *Aranzadi Civil*, n.º 1, 2007, pp. 1826-1829) y Antonio Salas Carceller («La llamada disforia de género en la reciente jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo», en *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n.º 21, 2008, pp. 11-14). (S. E. M.)

**7. Valoración de la lesión del derecho al honor en un contexto político.**—[...] entendemos que ha ejercido su derecho a informar y su libertad de expresar, que proclama el artículo 20 sin atentar contra el derecho al honor de la Diputación Provincial, que también proclama el artículo 18 [...]. A ello hay que sumar el contexto. En el ámbito de la política, no decae el derecho al honor, pero no se considera éste con un criterio rígido y aislado, sino en relación con la confrontación política, de la que no cabe aislarse. Y de la misma

manera que no es aceptable la politización de la justicia, tampoco es aceptable la judicialización de la política. Ya la jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en situaciones en que el supuesto atentado al honor ha tenido lugar en un contexto político y ha rechazado que se tratase de un auténtico ataque al honor; no es cuestión de derecho, sino cuestión política. Así, la Sentencia de 6 de junio de 2003 que, casando la sentencia de instancia, desestimó la demanda de protección del derecho al honor que había interpuesto un político contra otro (curiosamente del mismo partido) en una violenta confrontación política y personal.

[...] el contexto, como ya se ha apuntado, es la confrontación política entre dos partidos adversos, el que domina la Diputación y aquel cuya portavoz era la demandada. El que ésta vierta información y opinión sobre la actuación del partido contrario, aparte de lo expuesto en líneas anteriores, forma parte del quehacer político y no puede considerarse en derecho en forma aséptica, sino precisamente en relación con el contexto. Todo ello lleva a la conclusión de que no hay colisión entre libertades y derechos constitucionales, sino simplemente, se concluye que no hay intromisión ilegítima en el honor de la Diputación demandante; en definitiva, como resalta la sentencia recurrida, «se trata de una crítica frente a una actuación que se estima políticamente incorrecta».

**Derecho al honor de la persona jurídica.**—[...] el concepto del honor, tantas veces repetido en doctrina y jurisprudencia, como trasunto de la dignidad de la persona en su aspecto interno inmanente y su aspecto externo trascendente, no se vislumbra en la Diputación Provincial, ente público al que no se han referido las informaciones y las opiniones de la persona demandada, sino a las personas del partido político oponente; si bien a la persona jurídica, después de muchas vacilaciones jurisprudenciales, se le reconoció el derecho al honor protegido constitucionalmente (no había duda de que si era afrentada, podía accionar basándose en el art. 1902 CC), no aparece en este caso ataque o menoscabo a la dignidad de un ente público, del que forman parte unas concretas personas, entre las cuales se halla la propia demandada y sus compañeros de partido, de la que era portavoz.

Lo cual enlaza con las palabras utilizadas en la rueda de prensa, transcritas en autos. Son manifestaciones de concretos datos fácticos no discutidos que han sido vertidos en aras del derecho a la información, que ha sido la base de opiniones formuladas como libertad de expresión, sin que en ningún caso se hayan empleado expresiones insultantes, vejatorias o difamatorias. Como tantas veces ocurre, se han entremezclado la información y la opinión y ni una ni otra han menoscabado la dignidad del ente público demandante. **(STS de 17 de enero de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—La demandada en la instancia, miembro de una Diputación Provincial de Andalucía, había celebrado una rueda de prensa en la acera del edificio donde la entidad tenía su sede. El motivo de su llamada a los medios informativos fue informarles sobre irregularidades contables de la institución que, a su juicio, formaban parte de una trama de financiación ilegal. Sin utilizar expresiones insultantes, vejatorias o difamatorias calificó los hechos de incorrectos desde el punto de vista político. La Diputación interpuso demanda de protección jurisdiccional de su derecho al honor. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia que resol-



vió la apelación desestimaron la pretensión. Recurre en casación la Diputación Provincial y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

**8. La existencia de información y opinión en principio legítimas en el párrafo dedicado a la demandante no impide ni justifica la inclusión de manifestaciones objetivamente ofensivas o despectivas.**—Así planteado, este submotivo no puede ser estimado porque si bien es cierto que las referencias a la demandante, cuya identificabilidad (STC 69/06) por la sociedad murciana mediante los datos facilitados en el libro no se pone en duda, contienen una información (la asistencia a la tertulia de la esposa de quien ya por entonces tenía un importante cargo en el partido y luego sería alcalde de Murcia) y una opinión (el empeño u obsesión de la demandante en que su esposo fuera el presidente del Consejo Regional en lugar de don Matías) legítimas en sí mismas por su interés general en relación con la materia propia del capítulo correspondiente (la vida política regional desde la perspectiva del PSOE), no lo es menos que también se añaden dos opiniones objetivamente ofensivas sobre la demandante («la persona más venenosa que he conocido nunca» y «pequeño saco de maldades») que carecen de amparo en el artículo 20 CE, con arreglo a su ap. 4, por referirse a una persona que, casada por entonces con un político, no desempeñaba sin embargo ningún cargo público ni tampoco en el partido y, además, ejercía en la ciudad su propia profesión de farmacéutica. Si a ello se une su identificación como «Melones, una boticaria» y la información añadida de que al publicarse el libro ella no estaba ya casada con quien en ese momento era alcalde de Murcia, el juicio del tribunal sentenciador ha de ser compartido por esta Sala, porque la opinión e información en principio legítimas se acompañaron de unas opiniones objetivamente ofensivas a las que se añadían informaciones que, situadas en su contexto, tenían un cierto matiz despectivo («una» boticaria y no estar ya casada con quien había llegado a ser alcalde de Murcia), a modo de refuerzo de tales opiniones, ofreciendo así el párrafo dedicado a la demandante, dentro de las líneas que trataban de una tertulia no tanto política cuanto de amigos por más que en ella se hablase de política, un carácter global de ofensa gratuita a quien en tiempos había estado casada con un político pero tenía y seguía teniendo su vida propia, ejerciendo antes y después su profesión de farmacéutica en la ciudad de Murcia, de suerte que sobre el interés general que en un libro del año 1993 pudiera tener el párrafo dedicado a la demandante acaba imponiéndose su desmerecimiento en el entorno familiar y social (STC 76/95), dando pie a comentarios malintencionados más de diez años después de la época rememorada.

**La teoría del «reportaje neutral» no puede aplicarse para eximir de responsabilidad al editor del libro en que se produce la intromisión ilegítima en el honor del perjudicado.**—Por lo que se refiere al segundo submotivo, impugna la condena de la sociedad editora por no haberse aplicado en su favor la teoría del «reportaje neutral» por la que, en cambio, el tribunal sentenciador sí absolvió a la sociedad editora del diario «La Verdad», máxime cuando en la página 10 del libro el autor escribe que «es obvio que la responsabilidad de lo escrito es sólo mía». Pues bien, este submotivo ha de ser también desestimado por las siguientes razones: primera, porque la sentencia recurrida, por remisión a la de primera instancia, se funda en el artículo 65 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, declarada en

su día acorde con la Constitución por el Tribunal Constitucional, y la parte recurrente no cita dicho precepto como infringido; segunda, porque la aclaración del autor atribuyéndose a sí mismo la responsabilidad de lo escrito no añade ni quita nada a la cuestión litigiosa, pues ni la autoría del texto publicado se ha puesto en duda ni el autor de un libro tiene potestad para eximir por adelantado a la editora de la responsabilidad que a ésta fuere exigible con arreglo a las leyes; tercera, porque un libro no es un «medio de comunicación» asimilable a un periódico diario; cuarta, porque en consecuencia no es equiparable la publicación de un libro a la noticia de un medio de comunicación sobre su aparición y su contenido; y quinto, porque de aplicarse al libro la teoría del «reportaje neutral», sí aplicable a los medios de comunicación, nunca habría lugar a la responsabilidad del editor contemplada en la ley, a no ser que hubiera publicado textos anónimos, o bien bajo seudónimo sin posterior identificación del autor o, en fin, entregados por el autor pero alterados por el propio editor. **(STS de 26 de febrero de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—En el libro que recoge las memorias de un político, el autor manifiesta sus opiniones sobre la que entonces era esposa de otro político destacado en la vida social de Murcia, ciudad de la que en fechas posteriores a los hechos rememorados, llegaría este último personaje a ser Alcalde. En dichas manifestaciones se tilda a la entonces esposa de este señor como «la persona más venenosa que he conocido nunca» y «pequeño saco de maldades», lo que motiva que ésta demande por intromisión ilegítima en su honor al autor del libro y a la sociedad editora del mismo, así como a la editora de un diario que se hizo eco del libro y del párrafo controvertido. La sentencia de Primera Instancia reconoce a la actora el derecho a obtener dos indemnizaciones: la primera a cargo del autor y de la editora del libro, a la que además se condena a retirarlo de la venta hasta que se suprimieran del mismo las manifestaciones relativas a la actora; y la segunda a cargo del autor y de la sociedad editora del diario en cuestión, a la que también se condenaba a publicar la sentencia una vez firme. La Audiencia Provincial desestima la apelación interpuesta por el autor y la sociedad editora del libro, pero estima el recurso presentado por la editora del periódico, absolviendo a ésta y al autor de la obra de la condena solidaria que el Juzgado les impuso por la publicación del artículo. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación interpuesto conjuntamente por el autor y la editora del libro litigioso. *(M. C. B.)*

**9. Colisión entre el derecho a comunicar información veraz y derecho al honor.**—Cuando se produce una colisión entre ambos derechos debe prevalecer la protección del derecho a la información siempre que su objeto tenga interés general, es decir, verse sobre asuntos de relevancia pública por la materia y por las personas y la información sea veraz.

**Libertad de expresión: extensión y campo de acción. No ampara un hipotético derecho al insulto.**—La libertad de expresión, igualmente reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio y 139/2007, de 4 de junio), porque en tanto ésta se refiere a la narración de hechos, la de expre-

sión alude a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones.

La libertad de expresión no es sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática» (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, y de 20 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España). Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

**Requisitos de la libertad de información para que pueda prevalecer frente al derecho al honor.**—Los requisitos que debe reunir la información para poder ser considerada prevalente al derecho al honor son los de interés público, veracidad y exposición no injuriosa o insultante.

**Valoración contextualizada de las expresiones lesivas del derecho al honor: ámbito político. Extensión del criterio al contexto socio-laboral.** La jurisprudencia admite que se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho al honor en contextos de contienda política, y así lo viene reconociendo esta Sala, entre otras, en las SSTS de 19 y 26 de febrero de 1992, y 29 de diciembre de 1995 (campana electoral); 20 de octubre de 1999 (clímax propio de campana política entre rivales); 12 de febrero de 2003 (míftin electoral; se consideró la expresión «extorsión» como mero exceso verbal); 27 de febrero y 6 de junio 2003, 8 de julio de 2004 (las tres sobre polémica política).

Sin embargo, estas consideraciones no deben limitarse al ámbito estricto del ágora política sino que la jurisprudencia viene aplicando idénticos principios a supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal, etcétera. Así, las SSTS de 9 de septiembre (que se refiere a expresiones de cierta agresividad permisibles en el contexto de la estrategia o dialéctica sindical); 13 de noviembre de 2002 (situaciones de tensión y conflicto laboral); 19 de julio de 2006 (sobre falsa imputación a otro sindicato de haber solicitado el voto para un partido político, entonces legal, que suscita un fuerte rechazo social por atribuírsele sintonía con una banda terrorista), 7 de julio de 2004 (a propósito de una rivalidad entre peñas deportivas) y 23 de febrero de 2006 (a propósito un comunicado en que se imputaba a un medio de comunicación haber exigido un canon periódico por mejorar la información de un Ayuntamiento, caso que guarda una notable similitud y estrechas relaciones con el aquí examinado).

Una de estas situaciones es la que se contempla en el caso enjuiciado. Las expresiones que resalta la demanda están en estrecha relación con los hechos denunciados y se producen en una situación de conflicto, con trascendencia pública, entre un equipo municipal y un medio de comunicación. Es cierto que una de las partes tiene carácter político y la otra no; pero de ello no

resulta el desequilibrio que la parte recurrente pretende demostrar, pues es notorio el poder de influencia en la opinión pública que en la sociedad actual ostentan los medios de comunicación; y que el amparo de las instituciones, salvo situaciones de abuso de poder, no garantiza por sí una situación de superioridad frente a la crítica pública ejercida por la sociedad civil. Dado que en la situación descrita por la sentencia de apelación no se advierten rasgos que conduzcan a estimar como producto del abuso de una situación de poder las expresiones vertidas por el alcalde recurrido, la Sala considera, en suma, aceptando con ello el parecer del Ministerio Fiscal, que, en las circunstancias que se han expuesto, no puede considerarse que las expresiones proferidas excedan la libertad de expresión, valor constitucional indispensable en todo sistema democrático que, como tal, debe prevalecer sobre el derecho al honor.

**Compatibilidad del derecho de rectificación con las acciones de protección del derecho al honor.**—El derecho de rectificación frente a un medio de comunicación no es incompatible con las acciones de protección del honor. Por otra parte, el ejercicio de ese derecho permite obtener la rectificación de informaciones que se consideren inexactas (art. 1 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Rectificación), pero el objeto de las afirmaciones formuladas en la entrevista que constituyó el fundamento de la demanda era distinto, pues no se pretendía corregir informaciones ya publicada, sino dar conocimiento público de una petición de dinero para mejorar la imagen del Ayuntamiento.

**No constituye límite de la libertad de información acerca de unos hechos el posible ejercicio de una acción penal para perseguirlos.**—La posibilidad de ejercicio de la acción penal para perseguir los hechos denunciados no limita la libertad de información y de crítica sobre esos mismos hechos. (STS de 31 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—La sociedad editora del periódico de una provincia andaluza, el director comercial de la publicación y dos particulares ejercitaron una acción de protección del derecho al honor contra el alcalde y el Ayuntamiento de un pueblo de la provincia aludida. La razón era que el edil, entrevistado en la radio local, había manifestado que el periódico le había ofrecido mejorar su imagen y la del pueblo a cambio del pago de una cuota mensual. Se refirió luego a lo que denominó un «grupo de presión económico social afín a un partido político» involucrando en sus manifestaciones a los dos particulares reclamantes. El Juzgado acogió la demanda de la empresa editora y el director comercial contra el alcalde, desestimando las interpuestas por el resto de los demandantes y la dirigida contra el Ayuntamiento. La Audiencia revocó la sentencia inferior y desestimó íntegramente la demanda. Interponen recurso de casación los actores y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

**10. Derecho al honor frente a derecho a la información.**—Conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 19 de julio de 2006 y 18 de julio de 2007) y del Tribunal Constitucional (SSTC de 15 y de 19 de abril de 2004), cuando se produce una colisión entre ambos derechos,

debe prevalecer la protección del derecho a la información, siempre que, por un lado, su objeto tenga interés general –es decir, que verse sobre asuntos de relevancia pública por la materia y por las personas– y que, por otro, la información sea veraz.

**Derecho al honor frente a libertad de expresión.**—Según el Tribunal Constitucional (STC de 17 de julio de 1986 y de 4 de junio de 2007), el ámbito de acción de la libertad de expresión (emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones), es más amplio que el de la libertad de información (narración de hechos), ya que así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existiría la sociedad democrática. Por tanto, la crítica de la conducta de otro queda amparada dentro de la libertad de expresión, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 17 de enero de 2000 y de 15 de octubre de 2001). No se protegen, sin embargo, las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a este propósito (entre otras muchas, SSTC de 15 de julio de 1999, 5 de mayo de 2000, 26 de febrero de 2001 y 19 julio de 2004).

**Inclusión del prestigio profesional en la protección del derecho al honor. Límites a su protección.**—El prestigio profesional, que es el que tiene toda persona cuando actúa dentro del área de su actividad laboral, artística, deportiva, científica o similar y que tiene repercusión en el ámbito social, forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el honor. De hecho, la jurisprudencia constitucional y ordinaria admiten su inclusión en la protección del honor, tanto respecto a personas físicas, como jurídicas. Sin embargo, no son necesariamente lo mismo (*vid.* SSTC de 30 de marzo de 1992, 27 de noviembre de 2000 y de 15 de enero de 2007) y, por ello, no todo ataque al prestigio profesional constituye una lesión del derecho al honor, sino que se requiere para ello cierto grado de intensidad (entre otras muchas, SSTC de 26 de junio de 2000, 19 de julio de 2004, 18 de junio de 2007). Así, no basta con la mera crítica de la actividad o a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad concreta, sino que es necesario una descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, de manera que la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona (SSTC de 14 de diciembre de 1992 y 22 de mayo de 1995). Tal es el caso, por ejemplo, de las infamias que ponen en duda o menosprecian la probidad del profesional o su ética en el desempeño de sus actividades.

**Vulneración de derechos fundamentales. Facultad del tribunal de casación para valorar los hechos.**—Cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, el Tribunal Supremo no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que, asumiendo una tarea de calificación jurídica, debe realizar una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados. Por tanto, no ha de limitarse a considerar si las conclusiones sobre los hechos obtenidas por el tribunal de instancia, además de no infringir las normas que integran el régimen de la prueba, simplemente soportan la aplicación de un test de razonabilidad (*vid.*, SSTC de 7 de diciembre de 2005 y de 27 de febrero de 2007). (**STS de 25 de febrero de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Don V., portero-jardinero de un edificio, prestó sus servicios durante seis años. El 13 de octubre de 1998, la comunidad decidió rescindir unilateralmente el contrato laboral, lo que, tras la instancia del correspondiente expediente de conciliación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación, llevó a que la comunidad debiera pagar a don V. una indemnización por despido improcedente. Posteriormente, don V. abandonó la vivienda que ocupaba por razón de su cargo, previo inventario del mobiliario de la misma.

Meses después, se publicó un artículo en la revista «Newsletter» en el que se indicaba que el nuevo portero ya se había instalado y se elogiaba al mismo por el trabajo realizado «para reponer el piso del portero en condiciones habitables tras la marcha de su anterior ocupante»; en ese sentido, se mencionaba que «la pared del baño en el piso del portero se hallaba en condiciones lamentables con humedades aparentemente ocasionadas por la falta de mantenimiento, de tal forma que puede resultar todavía necesaria una mayor restauración». Igualmente, en el artículo se señalaba que se había requerido al Administrador para usar todos los métodos disponibles para «recobrar el mobiliario perdido y las herramientas y material adquirido por la comunidad en los años recientes, que no había sido hallado». La revista en cuestión es una publicación interna de la comunidad, donde la junta directiva y el presidente informan a los copropietarios de la marcha de la misma.

Don V., tras haber remitido en febrero una carta a la comunidad, conminándola a publicar en la citada revista un texto afirmando que «está libre de toda sospecha respecto a la desaparición de diversas herramientas y utensilios de trabajo propiedad de la comunidad» —carta de la que no consta respuesta—, interpuso demanda contra la comunidad de propietarios solicitando que se declarase que se había vulnerado su derecho al honor, que se condenase a la demandada a publicar a su costa la sentencia en la mencionada revista y a abonarle la correspondiente indemnización por el daño sufrido a consecuencia del descrédito generado por el artículo mencionado. La demanda fue estimada en primera instancia y el recurso contra esta sentencia fue desestimado por la Audiencia Provincial, quien acogió la tesis del Juzgado de Primera Instancia de que el crédito profesional del demandante se había visto afectado, que la noticia se había publicado en una revista que, por su ámbito de difusión, tiene relevancia, y que la noticia adolecía de veracidad, ya que se habían silenciado ciertos hechos, dando con ello a entender —sutil y veladamente— que era imputable a don V. la pérdida del mobiliario y las herramientas, así como el mal estado de la vivienda que ocupó.

La comunidad de propietarios interpuso recurso de casación contra esta sentencia, alegando que el texto en que se funda la demanda no es objetivamente injurioso, ni hay pruebas de ocultación de información alguna, por lo que no ha existido vulneración del derecho al honor de don V., o, de considerarse que existe tal vulneración, ha de entenderse que queda amparada por la protección del derecho a la información y la libertad de expresión. (A. M. M.)

**11. La doctrina del levantamiento del velo.**—La doctrina del levantamiento del velo es un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían «terceros» —los socios— en partes responsables a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como medio o instrumento defraudatorio, o con fin fraudulento y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir ciertas responsabilidades personales, como sucede con el pago de deudas. En definitiva, a través de esta doctrina se pretende descubrir y, en su caso, reprimir el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan. (**STS de 19 de diciembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—En enero de 1989 un trabajador fallece cuando el andamio metálico en el que se encontraba hace contacto con una línea de alta tensión. La viuda en su propio nombre y en representación de su hija solicita judicialmente la pertinente indemnización de daños y perjuicios a la sociedad anónima en la que trabajaba el fallecido. La indemnización es concedida por el Juzgado de Primera Instancia. Con posterioridad a la sentencia condenatoria, se acuerda en junta general extraordinaria transformar la sociedad anónima condenada al pago de la indemnización, en sociedad de responsabilidad limitada. Dada la insolvencia de la mercantil inicialmente demandada, la viuda del fallecido reclama idéntica indemnización a los socios de la nueva sociedad de responsabilidad limitada, por considerar que se trata de la misma empresa inicialmente condenada.

La demanda, que es estimada por el Juzgado de Primera Instancia, resulta ratificada igualmente por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar a los recursos de casación interpuestos por las socias demandadas. (*M. C. C. M.*)

## OBLIGACIONES Y CONTRATOS. RESPONSABILIDAD CIVIL

**12. Simulación absoluta: la acción para pedir su declaración no caduca ni prescribe.**—[...] como refiere la S de 22 de febrero 2007, es constante la jurisprudencia de esta Sala al proclamar que la simulación contractual da lugar a la nulidad absoluta o radical del contrato simulado pues falta en el mismo la causa como elemento fundamental exigido por el artículo 1261.3.º CC: nulidad radical, sin posibilidad de sanación posterior, que resulta predicable tanto en los supuestos de simulación absoluta como en los de simulación relativa, si bien en este último caso referida al contrato simulado bajo cuya apariencia pudiera encubrirse otro fundado en una causa verdadera y lícita (art. 1276 CC). Como consecuencia de ello la acción para pedir la declaración de nulidad del contrato simulado no está sujeta en su ejercicio

a plazo de caducidad o de prescripción alguno, pues lo que no existe no puede pasar a tener realidad jurídica por el transcurso del tiempo. De ahí que en tales casos no pueda acudirse a las normas que sobre la nulidad contractual (*rectius*: anulabilidad) establecen los artículos 1300 y 1301 del CC, pues ya el primero se refiere de modo expreso a «los contratos en que concurren los requisitos que expresa el artículo 1261», los cuales, siendo existentes, pueden ser anulados cuando adolezcan de alguno de los vicios que los invalida con arreglo a la Ley. En este sentido señala la S de esta Sala de 18 de octubre 2005, y reitera la de 4 octubre 2006, que «aunque ciertamente la literalidad del artículo 1301 CC podría llevar a un lector profano a considerar que la acción de nulidad caduca los cuatro años, tanto la jurisprudencia como la doctrina coinciden unánimemente en interpretar que el artículo 1301 CC se aplica a la anulabilidad y no a la nulidad, que es definitiva y no puede sanarse con el paso del tiempo, habiendo declarado la S de 4 de noviembre de 1996, que “la nulidad es perpetua e insubsanable, el contrato viciado de nulidad absoluta en ningún caso podrá ser objeto de confirmación ni de prescripción” (en el mismo sentido la S de 14 de marzo de 2000, entre muchas otras)».

**Prueba de la simulación contractual: indicios a considerar.**—La S de esta Sala de 11 de febrero de 2005, entre otras muchas, tras poner de manifiesto la dificultad de la prueba de la simulación contractual, acrecentada por el natural empeño que ponen los contratantes en hacer desaparecer todos los vestigios de simulación y por aparentar que el contrato es cierto y efectivo reflejo de la realidad (SS de 13 octubre 1987, 5 noviembre 1988, 27 noviembre 2000), señala que «la doctrina de esta Sala, admite como suficiente la prueba de presunciones, la cual se configura en torno a un conjunto de indicios, que si bien tomados individualmente pueden no ser significativos, e incluso cabe que sean equívocos, sin embargo, en conjunto, y en relación con las circunstancias, son reveladores de la actuación simulatoria. Y en tal orden se han tomado en cuenta, entre otros aspectos fácticos, la existencia de *causa simulandi* (tratar de sustraer el bien a una ejecución), relación de parentesco próximo entre los intervinientes en la operación; precio irrisorio; carencia de prueba de pago del precio; falta de capacidad económica del adquirente, etc. (SS, entre otras, de 29 de diciembre de 2000 y de 25 de septiembre de 2003)».

**Donación de inmuebles encubierta.**—[...] esta Sala se ha inclinado en su doctrina más reciente por sostener la invalidez de la donación de inmuebles encubierta bajo la forma de compraventa por faltar el requisito *ad solemnitatem* de constar la donación, y no cualquier otro negocio, en escritura pública y figurar también en ella la aceptación del donatario (SS de 11 de enero, 26 de febrero, 20 de junio y 10 de septiembre de 2007, que siguen la postura ya mantenida en otras anteriores, como las de 20 de diciembre de 1985, 11 de diciembre de 1986, 2 de diciembre de 1988, 20 de octubre de 1992, 31 de diciembre de 1993, 27 de junio de 1996, 4 de mayo de 1988, 2 de abril de 2001 y 23 de octubre de 2002).

**Tercero hipotecario: buena fe.**—[...] ha de estimarse la demanda y declarar la nulidad del referido negocio jurídico con las consecuencias inherentes a tal declaración, si bien ha de examinarse el alcance que la misma habrá de tener en relación con la hipoteca constituida a favor de la Caja de Ahorros que ha comparecido como demandada en el proceso.

En el presente caso ha de reconocerse a dicha entidad la condición de tercero hipotecario protegido por el Registro de la Propiedad (art. 34 LH) ya que adquiere a título oneroso un derecho real limitado, como es el de hipote-



ca, de quien aparecía en el Registro de la propiedad como titular dominical, y, por tanto, con facultades para su constitución y, a su vez, lleva a cabo la inscripción de su derecho, sin que se haya acreditado la existencia de mala fe en su actuación (SS de 28 de noviembre de 1997 y 4 de mayo de 2006, entre otras). Efectivamente, la buena fe del tercero hipotecario se presume y no existe en los autos prueba alguna de que actuara la entidad de crédito con mala fe a la hora de conceder el préstamo y ser constituida a su favor la garantía hipotecaria. La buena fe que ha de existir en el momento de la adquisición del dominio o derecho real (SS de 11 de julio y 30 de diciembre de 2005, 4 de mayo y 7 de noviembre de 2006) ha de ponerse en relación con el posible conocimiento de la realidad extrarregistral contraria a lo que proclaman las hojas registrales, sin que sea exigible al adquirente una diligencia especial en la averiguación de las circunstancias que afecten al derecho inscrito a cuyo contenido registral puede atenerse. Es más, dado que la Caja de Ahorros no fue inicialmente demandada y únicamente se le tuvo por tal tras la comparecencia previa, no se contiene en la demanda hecho alguno del que pudiera desprenderse que conocía la inexactitud del Registro y respecto del que pudiera formular alegaciones contrarias en su defensa. **(STS de 18 de marzo de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—Una caja de pensiones alemana demanda a don J., doña E. y una Caja de Ahorros interesando del Juzgado la nulidad de la compraventa por la que don J. vendía a doña E. un inmueble de su propiedad y la de todos los actos que de tal negocio trajeran causa. Mantenía la actora que se trataba de una simulación concebida en su perjuicio en tanto que acreedora —así lo declaraba una sentencia dictada en Alemania— de don J. La acción contra la Caja de Ahorros se justificaba porque sobre la finca vendida se había constituido hipoteca para responder de un préstamo concedido por la entidad. El Juzgado desestimó la reclamación y la Audiencia rechazó la apelación de la actora considerando que el plazo transcurrido entre la celebración del contrato y la interposición de la demanda comportaba la caducidad de la acción. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la demandante de modo que el Tribunal Supremo acoge su pretensión en la instancia si bien la Caja queda a salvo de las consecuencias de la nulidad declarada por ser tercero hipotecario. (R. G. S.)

**13. Compraventa a carta de gracia. Negocio simulado. Simulación absoluta y relativa: negocio simulado vulnerador de norma imperativa de imposible subsanación por la fe pública registral.**—La Sala tras señalar que el argumento del negocio fiduciario expuesto por el Juzgado y la Audiencia no fue alegado por las partes ni discutido en la instancia, pone de manifiesto que una reciente doctrina especializada sobre el negocio fiduciario niega la autonomía de tal categoría asimilándolo al negocio simulado con simulación relativa que solo será válido si el negocio disimulado reúne los requisitos para ser válido, posición esta que ha sido seguida también en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo citando varias sentencias en este sentido. Excluyendo que los negocios base del pleito constituyan una fiducia *cum creditore* o una fiducia *cum amico* y analizando los contratos de compraventa llega a la conclusión que el negocio jurídico disimulado no es

más que un contrato de préstamo con garantía de pacto comisorio prohibido en los artículos 1859 y 1884 CC que acarrea la nulidad del negocio conforme al artículo 6.3 del CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que cita, sin que tal nulidad pueda ser convalidada por la fe pública registral según el artículo 33 LH. (STS de 20 de diciembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Se ejercita acción reivindicatoria por don A y don Al contra don Fran, poseedor en todo momento, y la mercantil Mont, S.L. sobre dos fincas rústicas, desistándose posteriormente respecto a la entidad mercantil. El demandado don Francisco, contesta oponiendo la nulidad del título de los demandantes por simulación de los contratos de compraventa suscritos por el mismo de los que traen causa, entre otros extremos, al tratarse de compraventas en garantía de un préstamo concedido al demandado.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda y la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona confirma la referida sentencia, apreciando ambos órganos judiciales la existencia de un negocio fiduciario. Se interpone recurso de casación basado en 4 motivos (infracción de los arts 609 y 1095 CC.; infracción del art. 1462 CC; infracción de la doctrina del Tribunal Supremo sobre negocio jurídico fiduciario e infracción del artículo 34 LH), todos ellos estimados. (C. S. R.)

**14. Concepto y efectos del precontrato. Culpa in contrayendo.**—El precontrato es el proyecto de contrato en el sentido de que las partes, por el momento, no quieren o no pueden celebrar los contratos definitivos y se comprometen a hacer efectiva su conclusión en tiempo futuro (STS de 4 de julio de 1991), conteniendo ya los elementos del contrato definitivo, pero cuya perfección las partes aplazan (STS de 3 de junio de 1994); es ya un contrato completo, que contiene sus líneas básicas y todos los requisitos, teniendo las partes la obligación de colaborar para establecer el contrato definitivo (STS de 23 de diciembre de 1995); la relación jurídica obligacional nace en el precontrato y en un momento posterior se pone en vigor el contrato preparado (STS de 11 de mayo de 1999). No necesita actividad posterior de las partes para desarrollar las bases contractuales del convenio, bastando la expresión de voluntad del optante para que el contrato de compraventa quede firme, perfecto y en estado de ejecución, obligatorio para el cedente, sin necesidad de más actos, lo que la diferencia del *pactum de contrahendo* (SSTS de 11 de abril de 2000, 23 de diciembre de 1991 y 17 de marzo de 1993, 16 de octubre de 1997 y 15 de diciembre de 1997).

La culpa *in contrahendo*, a su vez, nace de la ruptura injustificada de unos tratos previos que han producido un daño probado a una de las partes, naciendo para la que ha ocasionado la ruptura la obligación de repararlo, basada en el artículo 1902 CC siempre que le sea imputable la misma.

Aplicando los conceptos al caso presente, no se trata de un precontrato porque le faltan los elementos mínimos para poder ejecutarse: no se concreta el objeto (no se determina con exactitud el terreno, los materiales y «demás que se acuerden» dice el pacto 2), no se fijan los presupuestos de las sociedades (estatutos, presidencia, órgano de administración, dirección...) ni el tipo de sociedad; y tampoco otros elementos (como coste financiero que «razona-

blemente» incurra). Es decir, se trata de un convenio o acuerdo que tiene por objeto la continuación (como efectivamente se produjo) de acuerdos (que no se obtuvieron) y que, si ambos actúan de buena fe y llegan a posteriores acuerdos, queda cumplido este primer convenio a modo de proyecto o acuerdo de bases, pero si no se obtienen, no se puede exigir su cumplimiento ni indemnización de daños y perjuicios. (STS de 30 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—Con fecha 19 de noviembre de 1991, CRE, S.A. (demandante y recurrente en casación) y el grupo C., celebran en Londres un acuerdo para trabajar conjuntamente, durante un plazo inicial de 10 años, prorrogable. Como se explicita en el acuerdo, para llevar a cabo esta colaboración, el grupo C constituirá una sociedad (Sociedad A) que comprará a CRE todos los activos de su propiedad, para la fabricación del producto. Y tal compraventa se haría por el precio que se indica en el acuerdo. Además, CRE y la Sociedad A constituirán, para la explotación, al 50% de participación cada una de ellas, otra Sociedad (Sociedad B). El texto de dicho convenio, en relación con esta colaboración contiene: plazo, procedimiento y precio, régimen de explotación, exigencia de concierto de un arrendamiento con opción de compra, entre la sociedad B y la Sociedad A, exigencia de un contrato de compraventa del producto a la Sociedad B, prórrogas, plazo de ejecución y consecuencias de incumplimiento. No se llega a acuerdo definitivo ninguno y CRE, S.A., interpone demanda que solicitaba declaración sobre cumplimiento y condena a otorgar escritura de compraventa de la instalación industrial, pago del precio e intereses e indemnización de daños y perjuicios y, subsidiariamente, resolución con indemnización.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La sentencia es confirmada, en apelación, por la Audiencia Provincial. (S. M. S.)

**15. Interpretación del contrato: renuncia a royalties debidos y también futuros; infracción del artículo 1253 CC: no concurre.**—La Audiencia Provincial se basa en la actitud pasiva del artista, pues desde el momento de la rescisión contractual y su adquisición por DIVUCSA y hasta la fecha de la demanda, se han venido distribuyendo canciones de L. F. de forma pública y notoria, no constando requerimiento alguno del mismo para que cesara en su actividad o para exigir el cobro de los cánones correspondientes. No se trata de una presunción en sentido propio, sino de razonamientos o juicios basados en la experiencia que permiten efectuar conclusiones con trascendencia jurídica.

**Ley aplicable: LPI de 1879.**—Los contratos entre el actor y D.B., S.A. se celebraron bajo la vigencia de la LPI de 1879 y los derechos adquiridos por dicha entidad discográfica se ajustan a dicha normativa. Y también bajo la vigencia de ésta tuvo lugar el contrato por el que el Sr. I. y la entidad acordaron dejar sin efecto la relación contractual a cambio de ciertas contraprestaciones. Y aunque la transmisión de los derechos reservados por Discos Belter S.A. se produjo bajo la LPI de 1987 no hay ningún obstáculo a que ello pudiera tener lugar, por lo que DIVUCSA actúa en el modo jurídico plena-

mente legitimada por su adquisición. (STS de 20 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Jesús Corbal Fernández.]

HECHOS.—D. I., cantante conocido con el nombre artístico de L. F., llegó a un acuerdo con la discográfica D. B., S.A. que grababa y distribuía en exclusiva sus interpretaciones por el que rescindían la relación que les ligaba, pasando el intérprete a formalizar un nuevo compromiso con la casa RCA. Los derechos que tenía D.B., S.A. sobre las grabaciones musicales fueron adjudicados por un Juzgado de lo Social a los trabajadores de la empresa, los cuales a su vez vendieron las maquetas o másters a la aquí demandada DIVUCSA. Según esta entidad, como contraprestación de la resolución contractual y correspondiente libertad del artista para contratar con otra discográfica, por el Sr. I. se renunció no sólo a los royalties debidos (lo que el mismo acepta), sino también a los futuros (lo que el actor rechaza). El Juzgado de Primera Instancia desestimó los pedimentos de D. I. La Audiencia Provincial confirma la primera sentencia. (S. M. S.)

**16. Compensación de deudas. La compensación puede ser alegada por vía de excepción, constituyendo una excepción reconvenzional o una reconvección implícita, que permita constatar los requisitos del artículo 1196 CC. si éstos no concurren *a priori*.**—Esta Sala ha dicho, en efecto, que la compensación puede ser alegada por vía de excepción, mediante alegación de los hechos que la generan, ya que se produce, como suele decirse, automáticamente (art. 1202). Hay entonces, bajo la vigencia de la LEC 1881, que es la aplicable al caso, una «excepción reconvenzional», cuando no una reconvección implícita (ahora hay que acudir al art. 408.1 LEC 2000), es decir, «que no va acompañada de formulismo procesal que la exteriorice» (SSTS de 16 de noviembre de 1993, que cita y recoge la expresión de la de 6 de febrero de 1985, con cita de las de 25 de febrero de 1933, 6 de febrero de 1936, etc.). Aun cuando no pudiera hablarse de una verdadera reconvección, implícita o explícita, siempre es necesario que se opongan los componentes de hecho para estimar la existencia y la liquidez de la deuda que se opone para operar la compensación (SSTS de 18 de diciembre de 2001, 26 de junio de 2002, 7 de febrero de 2006, etc.). El problema estriba en determinar si este modo procesal de oponer la compensación es también aplicable a la llamada compensación judicial, esto es, la que acordaría el tribunal a pesar de que al inicio del proceso no se dieran las condiciones exigidas por el artículo 1196 CC en el crédito que se opone para provocar la extinción total o parcial del que se reclama. Esta Sala comparte, en este punto, la posición de la sentencia recurrida: cuando los elementos o las circunstancias exigidas por el artículo 1196 CC no se dan *a priori*, y dependen de su adveración, constatación o determinación por el tribunal, se requiere un pronunciamiento del órgano judicial que ha de ser promovido por vía de reconvección (SSTS de 24 de octubre de 1985, 11 de octubre de 1988, 2 de febrero de 1989, 12 de junio y 16 de noviembre de 1993, 24 de marzo y 9 de abril de 1994, 27 de diciembre de 1995, etc.). En todo caso, la parte a quien interesa debe realizar la aportación al proceso de los elementos que permitan la decisión del juzgador, pues en todo caso se requiere que las partes sean recíprocamente acreedoras y deudoras por derecho propio (SSTS de 23 de diciembre de 1991, 8 de

junio de 1998, 26 de marzo de 2001, etc.) y que los respectivos créditos, si no antes al menos como consecuencia del proceso, reúnan las condiciones que señala el artículo 1196 CC. Para llegar a establecer esta situación se requerirá una petición de la parte interesada, que puede ser implícita cuando se trata de una pura cuestión de liquidez, y obran en el proceso los elementos de hecho imprescindibles para la liquidación (SSTS de 9 de abril de 1994, 27 de diciembre de 1995, 26 de marzo de 2001, etc.), pero que, en otros casos, deberá haberse realizado de modo explícito.

**La compensación no requiere aceptación o asentimiento del compensado, pero la fijación de la cuantía y la determinación misma de la existencia de la deuda no puede derivar de la mera apreciación subjetiva del acreedor.**—En el segundo motivo, denuncian los recurrentes la infracción de los artículos 1156.5, 1195 y 1196.4 CC (los mismos que en el motivo anterior), para combatir esta vez que «la compensación legal requiera la aceptación o asentimiento del actor compensado para su eficacia y validez». El motivo ha de ser desestimado. Ante todo, porque la sentencia recurrida no dice lo que señala el recurso, por lo que el razonamiento de apoyo cae por su base. La sentencia tiene apoyo en el hecho de que la fijación de la cuantía y la determinación misma de la existencia de la deuda no puede derivar de la mera apreciación subjetiva del acreedor. Otra cosa sería —y es lo que apunta la sentencia— si las minutas hubieran sido aceptadas por el cliente. O, como también dice la sentencia, en otro pasaje, si se hubieran fijado mediante la intervención de los órganos del Ilustre Colegio de Abogados, o por medio de una decisión de los Tribunales en otro procedimiento, o incluso en éste, lo que requiere una petición que no se ha formulado y una prueba que ni siquiera se ha propuesto.

**Si la deuda cuya compensación se opone carece de alguno de los requisitos del artículo 1196 CC al iniciarse el litigio, no basta oponerla por vía de excepción, sino que es preciso reconvenir.**—La propia Sala de instancia ha destacado que, en efecto, cabe oponer la compensación por vía de excepción, lo que constituye doctrina jurisprudencial consolidada. Pero la cuestión no radica en este punto, sino en determinar si la deuda cuya existencia se opone ha de reunir las condiciones que señala el artículo 1196 CC en el momento de iniciarse el litigio y, en consecuencia, en apreciar si en tal momento el crédito que opone el demandado se encuentra vencido, es exigible y tiene cuantía determinada, es decir, es líquido. Si, por hipótesis, estuviéramos ante un crédito que reuniera tales condiciones, la mera oposición de ese crédito por vía de excepción sería bastante, sin necesidad de formular reconvencción explícita. Pero la Sala, con acierto, entiende que el crédito carece de una cuantía determinada, pues la mera formulación de la minuta por el Abogado demandado no es bastante para fijarla, en un supuesto en el que, además, los servicios que se minutan sólo han sido reconocidos en parte; y, aunque hubiera podido ser fijada la cuantía en este mismo procedimiento, ello requiere la formulación de un pedimento que el demandado no ha verificado. Tal es la razón de que no se acepte la compensación que se opone, y la razón de que no tenga viabilidad este motivo. (STS de 12 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés.]

**HECHOS.**—Uno de los dos prestamistas solidarios de cierta cantidad, reclama a los prestatarios la devolución del principal y de los intereses vencidos. A la reclamación oponen los demandados la compensación de las cantidades que el actor debía a uno de ellos

por los servicios profesionales jurídicos que se le habían prestado a consecuencia de la muerte de su madre, coprestamista. El Juzgado admite parcialmente la demanda y la reconvencción y la Audiencia revoca parcialmente la sentencia de instancia. Recurrida esta última resolución en casación por los demandados, la cuestión se centra en determinar si los honorarios profesionales –cuantificados mediante la simple minuta del abogado, remitida por correo al cliente y sin acto alguno de aceptación– constituyen un crédito líquido, vencido y exigible y, por tanto, susceptible de compensación. El recurso es desestimado. (L. F. R. S.)

**17. Ámbito operativo del principio de identidad e integridad del pago.**—Es de todo punto improcedente extrapolar el principio de la identidad e integridad del pago, que, en la regulación del Código civil se equipara al cumplimiento como modo de extinción de las obligaciones –artículo 1156 CC– a un escenario totalmente contrapuesto cual es, en efecto, la resolución contractual por incumplimiento, para cuyo caso [...] se ha previsto expresamente –art. 1124, en relación con los arts. 1295 y 1298, todos ellos del CC– la salvaguarda de los derechos de terceros adquirentes, en aquellos supuestos en que las cosas objeto del contrato que deben ser restituidas se hallen legalmente en poder de terceros de buena fe.

**Concepto de incumplimiento a efectos de la eventual resolución del contrato.**—[...] precisa la S de 31 de octubre de 2006 [...] «el incumplimiento es un concepto jurídico que como *quaestio iuris* [...] es revisable en casación, en tanto se trata de determinar la trascendencia o significación jurídica de los actos que constituyen su presupuesto (SSTS de 7 de junio de 1991, 21 de junio de 1968, 8 de octubre de 1980, 21 de marzo de 1986, 29 de febrero de 1988, 21 de julio de 1990, 31 de mayo de 1996, 22 de noviembre de 1995, 10 de marzo, 22 de julio y 3 de noviembre de 2000). Para que se produzca el supuesto de la resolución del artículo 1124 CC, además de que se trate de un contrato con prestaciones recíprocas, es preciso que se produzca un incumplimiento grave de la obligación. Esta Sala había venido manteniendo que sólo existía incumplimiento resolutorio cuando concurre una eventual voluntad deliberadamente rebelde del deudor (SSTS de 28 de febrero de 1980, 11 de octubre de 1982, 7 de febrero de 1983, 23 de septiembre de 1986, 18 de noviembre de 1994 y 5 de diciembre de 2002, entre muchas otras). Algunas sentencias han introducido matizaciones en este criterio, presumiendo que la voluntad de incumplimiento se demuestra «por el hecho mismo de la ineffectividad del precio contraviniendo la obligación asumida» (STS de 19 de junio de 1985) o por la frustración del fin del contrato «sin que sea preciso una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando que se malogren (...) las legítimas aspiraciones de la contraparte» (SSTS de 18 de noviembre de 1983, 31 de mayo de 1985, 13 de noviembre de 1985, 18 de marzo de 1991, 18 de octubre de 1993, 25 de enero de 1996, 7 de mayo y 11 de diciembre de 2003, 18 de octubre de 2004, 3 de marzo de 2005 y 20 de septiembre de 2006, entre otras); exigiendo simplemente que la conducta del incumplidor sea grave (STS de 13 de mayo de 2004); o admitiendo el «incumplimiento relativo o parcial, siempre que impida (...) la realización del fin del contrato, esto es, la completa y satisfactoria autorización según los términos convenidos» (STS de 15 de octubre de 2002)».

Pues bien, la sentencia que ahora se impugna es estrictamente respetuosa con la doctrina jurisprudencial que se acaba de exponer, en la medida en que no cabe sino considerar frustrado el negocio inmobiliario concertado entre las partes litigantes a resultados del incumplimiento en que incurrió la vendedora, que impidió a la adquirente de los terrenos acometer la urbanización de los mismos, fin último del negocio transmisivo. Tal premisa permite concluir que la negativa de la mercantil compradora a hacer frente a los importes aplazados del precio en las fechas estipuladas se hallaba plenamente justificada, sin que dicha conducta pueda erigirse como causa de incumplimiento previo a fin de enervar la acción resolutoria ejercitada. **(STS de 31 de enero de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

**HECHOS.**—La mercantil actora en la instancia había adquirido a la entidad demandada dos parcelas. Asimismo adquiriría 15 fincas segregadas de otras dos registrales. La vendedora asumió en escritura pública el compromiso de acometer inmediatamente la ejecución de las infraestructuras precisas para que la compradora pudiese empezar la promoción, urbanización y construcción en los terrenos adquiridos. Ésta —la compradora— había abonado parte del precio pero ante el incumplimiento de aquélla —la vendedora— se negó a hacer frente al pago de las letras restantes. La vendedora promovió entonces el embargo de las fincas adquiridas que, al término del procedimiento, le fueran adjudicadas. En esa difícil coyuntura, la compradora acude al Juzgado para que declare la resolución del contrato más la restitución del importe abonado, el IVA y una cantidad correspondiente a gastos y obras acometidos en las parcelas antes de constatar el incumplimiento de su contraparte. La sentencia de instancia le fue desfavorable. Interpuesto recurso de apelación, la Audiencia lo estima en parte declarando resuelto el contrato y la obligación de las partes de reintegrarse las cosas y el precio que fueron su objeto. Interpone la vendedora recurso de casación y el Tribunal Supremo declara no haber lugar. (R. G. S.)

**18. Acción de resolución: compraventa.**—El Tribunal Supremo tiene establecido en reiterada doctrina que la jurisprudencia, al interpretar el artículo 1124 CC ha abandonado hace tiempo la exigencia de una demostrada voluntad rebelde en el incumplimiento de las obligaciones contractuales o una voluntad obstativa al cumplimiento. Y afirma, 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. En el caso es evidente que la compradora ha pagado poco más de un tercio del precio convenido, cuando el último pago del precio aplazado venció el 28 de julio de 1989. Es claro el incumplimiento por la compradora de la obligación básica de pago del precio aplazado, tanto desde la perspectiva temporal como cuantitativa, sin que quepa oponer falta de presentación al cobro de las cambiales cuando ella misma llegó al acuerdo de flexibilizar, en su beneficio, tal sistema de pago. Tampoco solicitó la elevación a escritura pública del contrato, salvo en la misma fecha en que recibió el requerimiento resolutorio.

**Infracción de los artículos 1091 y 1258 CC: se desestima.**—Se aduce que en el propio contrato se preveía la elevación del mismo a escritura públi-

ca cuando interesase al comprador. Según el Tribunal Supremo se hace supuesto de la cuestión, porque se ha concluido por la Sala *a quo* que la compradora sólo trató de requerir a los vendedores de manera fehaciente en la fecha en que se les notifica el requerimiento de resolución.

**Infracción de los artículos 45, y 84 a 87 de la Ley Cambiaria y del Cheque: no se aprecia.**—La parte compradora dejó de pagar las letras que le fueron presentadas al cobro, desde el año 1982, acordando con la parte vendedora ir pagando cuando podía y directamente a aquélla, de manera que no cabe que la compradora, después de haber acordado con la parte vendedora, en su beneficio, una flexibilización en los pagos de las letras presentadas al cobro, pretenda ahora el rígido cumplimiento de la presentación de las letras al cobro, cambiales por otra parte extraviadas mucho después de haber vencido la última de ellas, y transcurrido el plazo de prescripción de una posible acción cambiaria. **(STS de 31 de enero de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

**HECHOS.**—En abril de 1980, don S. y su esposa, doña M., vendieron un piso, en documento privado, a doña A., casada en régimen de separación de bienes. Las partes convinieron que el pago del precio se haría mediante la entrega en el acto de 90.000 pesetas y el resto de 4.910.000 pesetas mediante 134 letras de cambio aceptadas por la compradora, con diversos vencimientos entre el 28 de mayo de 1980 y el 28 de julio de 1989. En el contrato también se estipula que se otorgará escritura pública de la venta cuando interese a la compradora.

La compradora cumplió con el pago mediante letras de cambio entre 1980 y 1981. Pero dejó impagadas las letras presentadas a partir del año 1982, de modo que la compradora las iba pagando cuando podía, existiendo acuerdo al respecto con los vendedores, constando acreditado el pago de 50 letras sobre las 134 aceptadas para pago aplazado. El 8 de marzo de 1995, los vendedores, por conducto notarial remitida el siguiente día y recibida por la compradora el 14 de marzo, dan por resuelto el contrato de compraventa. Ese mismo día 14 de marzo de 1995, y también en carta por conducto notarial, el hijo de la compradora trata de requerir a los vendedores para que procedan a elevar a público el contrato privado, carta que no llega a poder de estos, al devolver correos la carta por desconocidos en la dirección. La compradora presenta demanda contra los vendedores, exigiendo que se les condene a elevar a escritura pública el contrato privado. Por su parte, el día 7 de abril de 1995, los vendedores, interesan la resolución del contrato privado de compraventa por impago de parte importante del precio aplazado, demanda que es acumulada a la principal. El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda principal y estima la acumulada. La compradora recurre en apelación y la Audiencia Provincial desestima su recurso. (S. M. S.)

**19. Incumplimiento de contrato de arrendamiento financiero: contrato atípico sometido a la regulación pactada en el mismo; cosa juzgada: posibilidad de reclamar las cuotas adeudadas tras obtener en otro pleito anterior la resolución del contrato.**—La Sala, tras recordar y recoger



la doctrina de la misma sobre el concepto y naturaleza del contrato de arrendamiento financiero, con especial cita de la STS de 20 de julio de 2000, destaca su carácter de contrato atípico y complejo con base en el principio de autonomía de la voluntad contractual, que, sin perjuicio de la normativa imperativa ciertamente escasa sobre obligaciones y contratos, se rige esencialmente por sus propias estipulaciones aunque se trate, como es el caso, de contratos de adhesión en el que la voluntad del usuario se limita a aceptar las condiciones redactadas por la empresa financiera. De tal modo, pactada en el contrato una cláusula reguladora del incumplimiento contractual por parte del arrendatario en caso de impago, en que se concede a la financiera entre optar por el cumplimiento, reclamando tanto el importe de las cuotas vencidas como de las futuras o la resolución del contrato, con la restitución inmediata de los bienes, pero dejando a salvo su derecho a exigir el pago de las cuotas debidas e impagadas, se debe estar a la misma. Tal cláusula no pugna en nada con la libertad consagrada en el artículo 1255 CC y se concilia perfectamente con la naturaleza y finalidad de este contrato de modo que la posibilidad de demandar la resolución y restitución de los bienes en caso de incumplimiento por falta de pago, se compadece perfectamente con dejar para después la reclamación de las cuotas adeudadas hasta esa fecha, ya que es un hecho indiscutido que hasta entonces el uso y disfrute de los bienes correspondió a la arrendataria y ese uso y disfrute también debe compensarse, conservando la arrendadora el derecho a percibir la prestación pactada. (STS de 4 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Tras estimarse en autos de menor cuantía por sentencia de 19 de julio de 1995 la acción resolutoria por incumplimiento contractual formulada por la arrendadora financiera BBV contra la mercantil JUGUETES, BBV promovió posteriormente otro pleito contra la misma mercantil en reclamación de las cuotas impagadas más el importe de los intereses moratorios que en su día se pactaron (37 millones de pesetas), dirigiendo su pretensión de condena solidaria también contra la mercantil COMERCIAL en su condición de avalista de la entidad deudora.

En el contrato de arrendamiento financiero suscrito entre BBV y JUGUETES y calificado como *leasing*, ambas partes pactaron el régimen de resolución del mismo en el que, para el caso de impago, se otorgaba a la entidad financiera la posibilidad de exigir bien el cumplimiento del contrato o bien la resolución del mismo con restitución inmediata de los bienes pero dejando a salvo su derecho a exigir el pago de las cuotas debidas e impagadas más el importe de los intereses por mora. Ambas mercantiles demandadas alegaron la excepción de cosa juzgada y la mercantil avalista además, su falta de legitimación pasiva y la prescripción extintiva de la deuda al haber transcurrido el plazo de tres años establecido en el artículo 1967.4 CC.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que tras desestimar la excepción de cosa juzgada planteada por las mercantiles demandadas, desestimó la demanda atendiendo a que la resolución se instó mucho tiempo más tarde de producirse el primer impago. Apelada la sentencia por BBV la Audiencia Provincial dictó otra por la que revocando la de instancia, condenó a las mer-

cantiles demandadas a abonar a la actora la cantidad de 21 millones de pesetas.

Contra esta sentencia tanto JUGUETES como COMERCIAL interpusieron sendos recursos de casación por infracción del artículo 1124 CC y de su jurisprudencia interpretativa, que el Tribunal Supremo rechaza. (C. S. R.)

**20. Cláusula penal: naturaleza. Peculiaridades de la cláusula penal moratoria.**—[...] en el contrato celebrado por los litigantes dirigido a la rehabilitación de la vivienda de la demandada, se pactó como estipulación tercera una cláusula penal por retraso, pues no otra cosa se desprende del claro tenor de los términos empleados: «la obra pactada deberá ejecutarse en el plazo de dieciocho meses, transcurrido el cual la empresa constructora pagará una penalización diaria de 20.000 pesetas hasta su conclusión o resolución del contrato por incumplimiento». Tratándose pues de una cláusula penal, de ellas se ha dicho por esta Sala, con carácter general, que son «accesorias, o sea de aquellas que se incorporan al negocio constitutivo de la relación obligatoria y con la finalidad de dar una mayor garantía al cumplimiento de la misma» (S de 13 de julio de 2006, con cita de otras), siendo definidas (S de 8 de enero de 1945, después citada por la de 12 de enero de 1999, que a su vez menciona la referida de julio de 2006) «como promesa accesoria y condicionada que se incorpora a una obligación principal, con doble función reparadora y punitiva, en cuanto no solo procura la indemnización en realidad procedente, sino que la vuelve más gravosa para el deudor y establece además un régimen de privilegio a favor del acreedor». Ahora bien, en el caso de autos, la pena se dirige exclusivamente a sancionar el retraso en el cumplimiento, por lo que nos encontramos ante una modalidad singular dentro de las penas convencionales, cuya particularidad radica en que la estrictamente moratoria, estipulada, como aquí acontece «exclusivamente para el supuesto del retraso en que incurra el deudor en el cumplimiento de la obligación» (S de 29 de noviembre de 1997). «ha de desenvolver ineludiblemente su eficacia sancionadora (por haberlo estipulado libremente las partes) por el mero y único hecho del retraso en el cumplimiento de la obligación» (S de 27 de febrero de 2002), sin atender a la existencia de cumplimiento parcial o irregular, excluyendo por este motivo la posibilidad de hacer uso de la facultad de moderación prevista en el artículo 1154 CC, habida cuenta que «...ésta se halla instituida solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación... (lo que) no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria» donde el mero retraso, por sí solo, «es totalmente inconciliable con los conceptos de cumplimiento parcial o irregular, únicos para los que se halla instituida la facultad moderadora del repetido artículo 1154 CC».

**El pacto de cláusula penal moratoria excluye el régimen legal de la mora.**—Los argumentos impugnatorios expuestos por la entidad recurrente, intentando condicionar la eficacia de aquella sanción al cumplimiento de los requisitos legales de la mora, exigiendo tanto que el que interesa su cumplimiento practicase requerimiento previo, como que cumpliera previamente las obligaciones que le competen, carecen de relevancia pues dado el mencionado carácter convencional de la pena, «obligación preestablecida y prefijada en su nacimiento», esta Sala ha reiterado que sustituye al régimen general de las obligaciones, de modo que su efectividad, tal y como recoge la propia

sentencia de la Audiencia, «no precisa requerimiento o intimación» (S de 17 de enero de 1967 y 13 de marzo de 1987) sino que sólo depende de que se pruebe el retraso y la culpa del deudor, lo que aquí se ha hecho, careciendo de trascendencia el régimen legal de la mora en el cumplimiento de toda clase de obligaciones a que se refiere el artículo 1100 CC, que no sería pues aplicable al haber optado las partes por regular convencionalmente las consecuencias del retraso. A mayor abundamiento, no puede ignorarse que el propio artículo 1100 CC contempla el carácter automático de la mora, sin previo requerimiento, cuando así se pactase. (STS de 25 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Una empresa dedicada a trabajos de rehabilitación de edificios reclama a doña A. parte del precio que por tal concepto le adeudaba. La demandada adujo que el impago estaba justificado como respuesta al previo incumplimiento por parte de la empresa del plazo de ejecución pactado. Además, por vía reconventional, exigió el importe de la cláusula penal acordada precisamente para ese supuesto. El Juzgado acogió la demanda y rechazó la reconvencción estimando que la operatividad de la cláusula penal exigía la mora de la empresa que no concurría por falta del preceptivo requerimiento. Doña A. apeló la sentencia y la Audiencia, que estimó su recurso, revocó la resolución del tribunal inferior moderando el importe de la pena. La empresa demandante interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima. (R. G. S.)

**21. Cláusula penal. Significado de la facultad moderadora del juez prevista en el artículo 1154 CC.**—Este precepto prevé la moderación por el juez de la pena pactada, pero no con la finalidad de rebajar equitativamente una pena pactada por las partes que resulte excesivamente elevada, sino para evitar la situación de injusticia que implicaría cumplir toda la pena cuando ésta se estableció para un caso de incumplimiento total y lo que existe es un incumplimiento parcial o irregular. Como ya tiene declarado el Tribunal Supremo (STS de 14 de junio de 2006 y las que cita), cuando la cláusula penal está prevista para un determinado incumplimiento parcial, no puede aplicarse la facultad moderadora prevista en el artículo 1154 CC si tiene lugar dicho incumplimiento parcial.

**Cláusula moratoria. Inaplicabilidad de la facultad moderadora del juez.**—Tratándose de una cláusula estricta y exclusivamente moratoria (retraso por más de dos meses en el pago de la renta), una vez que tiene lugar el incumplimiento por retraso, no puede pretenderse la aplicación de la moderación de la pena prevista en el artículo 1154 CC. Según declara la STS de 10 de mayo de 2001: «aplicar aquella facultad (...) sería ir contra el principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 CC y el principio de *lex contractus* del artículo 1091 CC». A la cláusula penal pactada exclusivamente para el caso de retraso en el cumplimiento de la obligación no le resulta aplicable la facultad moderadora del artículo 1154 CC, ya que ésta se prevé solamente para el supuesto de cumplimiento parcial o irregular de la obligación (en comparación con el incumplimiento total para el que pudo ser estipulada la respectiva cláusula penal), pero ello no puede ocurrir nunca en el caso de la cláusula estrictamente moratoria, que desenvuelve ineludiblemente su eficacia sancionadora por el mero hecho del retraso, pues durante el

mismo, el incumplimiento de la obligación es total (STS de 29 de noviembre de 1997). (STS de 13 de febrero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Las partes habían celebrado un contrato de arrendamiento de varios apartamentos. Dicho contrato contenía en su estipulación novena una cláusula penal del siguiente tenor: «a partir de los dos meses de mora, y con independencia de los demás derechos y acciones que puedan corresponder al arrendador (...), la renta pactada se incrementará, mientras dura la mora, o no esté regularizada la situación, en un cincuenta por ciento».

La arrendadora presenta una demanda exigiendo la condena a la arrendataria al pago de una cantidad de dinero (49.175.569 ptas.) en varios conceptos: (1) 35.263.357 pesetas, en concepto de deuda reconocida por la arrendataria que trae causa de un contrato de arrendamiento anterior; (2) 16.471.497 pesetas por rentas impagadas; y (3) 1.508.895 pesetas en concepto de cuotas de comunidad y gastos por suministro eléctrico. La arrendataria contesta allanándose parcialmente a la reclamación en la cuantía de 42.936.893 pesetas y solicita que se declare la nulidad de la cláusula penal, por considerarla abusiva, y que se desestime la condena a parte de la cantidad reclamada en concepto de gastos de comunidad.

La Audiencia Provincial confirma la sentencia dictada en primera instancia, a excepción de la cantidad a pagar, que se establece en 49.175.569 pesetas como exigía la demanda, en lugar de los 46.321.677 que establecía la sentencia de primera instancia, que había moderado la cláusula penal que quedaba rebajada a un diez por ciento. La arrendataria presenta un recurso de casación cuyos motivos se centran en la infracción de los artículos 1152 y 1154 CC. (*L. P. S. M. P.*)

**22. Rescisión de donaciones por fraude de acreedores. La hipoteca constituida por el donatario no se rescinde automáticamente por quedar rescindida la donación por fraude de acreedores: es preciso demostrar que el acreedor hipotecario no reúne las condiciones para la protección registral del artículo 34 LH.**—Ambos motivos se examinan conjuntamente por abordar una misma cuestión desde dos puntos de vista: sustantivo y procesal respectivamente. Desde el primer punto de vista, la recurrente destaca que el donatario que hipoteque la cosa en garantía de un crédito, no realiza un acto o negocio jurídico cuya validez y eficacia dependa de que posteriormente la donación no se rescinda. El tercer adquirente de buena fe está protegido por el artículo 1295, párrafo 3.º, CC, y, tratándose de inmuebles inscritos, por el artículo 37 en relación con el artículo 34 LH. Ha de demostrarse, para que sea alcanzado por la rescisión de la donación fraudulenta, que carecería de buena fe, lo cual ha de hacerse en el proceso contradictorio correspondiente. De ahí que esté erróneamente aplicada la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario. Ambos motivos se estiman porque es errónea la premisa de que parte la Audiencia: el que la donación sea rescindible por fraude de acreedores no lleva consigo la rescisión de los actos o negocios llevados a cabo por el donatario si los adquirentes son de buena fe (art. 1295, párrafo 3.º). La Ley Hipotecaria también los desprotege cuando hubiesen sido cómplices en el

fraude (art. 37.4.º, párrafo b). Por tanto, es necesario ejercitar contra ese tercero la pretensión oportuna para que sea alcanzado por la rescisión que en primer término se solicita de la donación hecha al donatario-hipotecante. En modo alguno es indefectible que la rescisión de ésta alcance a la de la hipoteca constituida. Así las cosas, y no demostrándose por no haber accionado contra ella que la recurrente carezca de las condiciones legales requeridas para ser protegida en su adquisición, se revela totalmente gratuito el acogimiento de la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, y totalmente acertado el criterio de la sentencia de primera instancia que no lo hizo. (**STS de 25 de febrero de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—Cierta entidad bancaria interpone demanda de rescisión de donaciones por fraude de acreedores contra un matrimonio y los hijos del mismo, a los que habían donado sus bienes, posteriormente hipotecados por los donatarios a favor de otras entidades bancarias. La entidad actora solicitaba la rescisión de dichas donaciones y de las hipotecas constituidas por los donatarios en favor de otras entidades de crédito, así como la anulación y cancelación de los asientos registrales causados. El Juzgado de Primera Instancia desestimó las excepciones de defecto legal en el modo de proponer la demanda y la de litisconsorcio pasivo necesario y estimó la demanda. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación y revocó la sentencia apelada acogiendo la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, porque no se había demandado a una de las entidades acreedoras hipotecarias de los bienes adquiridos por donación. El Tribunal Supremo estima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación. (*M. C. B.*)

**23. Créditos privilegiados. Interpretación del artículo 71 de la LGT de 1963.**—El artículo 71 LGT 1963 (luego art. 71.1), que permaneció en vigor con idéntica redacción hasta el año 2004, disponía que «la Hacienda Pública gozará de prelación para el cobro de los créditos tributarios vendidos y no satisfechos en cuanto concurra con acreedores que no lo sean de dominio, prenda, hipoteca o cualquier otro derecho real debidamente inscrito en el correspondiente registro con anterioridad a la fecha en que se haga constar en el mismo el derecho de la Hacienda pública, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 73 y 74 de esta ley». La jurisprudencia del Tribunal Ssupremo declara que esta Sala mantuvo, en líneas generales, una «sua- vización» de la aplicación rigurosa del artículo 71 LGT 1963, tomando en consideración la referencia que el artículo 132 de la misma Ley hacía al artículo 44 LH, de manera, que la prelación tributaria quedaba enervada si, con anterioridad a su anotación en el Registro, había accedido a éste el embargo que garantizaba el crédito del particular. Sin embargo, esta línea jurisprudencial ya no cabe mantenerla, después de la Ley de 20 de julio de 1995 que dio, precisamente, para evitar la interpretación jurisprudencial aludida, nueva redacción al artículo 132, que se trocó en el artículo 134.2 eliminando la referencia al artículo 44 LH y remarcando que la anotación preventiva, practicada conforme indica el precepto, no alterará la prelación que para el cobro de los créditos establece el artículo 71 de la Ley.

**Aplicación temporal de las normas; aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo al caso: irretroactividad.**—A pesar de que la tercería de mejor derecho se insta con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 25/1995, debe aplicarse la interpretación previa a esa fecha. Las deudas tributarias respecto de las cuales se invoca el derecho de prelación absoluto derivado del artículo 71 LGT 1963 traen su causa de ejercicios fiscales anteriores a la entrada en vigor de la Ley 25/1995, por lo que deben sujetarse a los preceptos vigentes en el momento de su devengo. Además, toda norma tributaria como la cuestionada, que rebasa el ámbito de las normas procesales sobre prelación de créditos, está sujeta, cuando menos, al principio de irretroactividad relativa de las leyes (art. 3 CC y art. 10.2 LGT, vigente). La Ley de 1995 no contenía ninguna disposición de Derecho Transitorio que estableciese la aplicación retroactiva de sus preceptos, ni esta, a la vista de la jurisprudencia, resulta de su sentido o de la efectividad de los valores constitucionales (STS de 27 de octubre de 1993). **(STS de 20 de marzo de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—D.y N., S.L., ejerció una acción de tercería de mejor derecho haciendo valer la preferencia del crédito de que era titular frente a C. M., S.R.L., —reconocido en sentencia de remate de 9 de enero de 1991, que tenía su origen en una letra de cambio vencida el 30 de noviembre de 1990— frente al crédito que ostentaba contra el mismo deudor originado por una «Sanción de Tráfico del año 92 e IRPF, actas inspección año 1990-1992», que dio lugar a un mandamiento de embargo librado el 18 de julio de 1996 por el Jefe de la Sección de Recaudación de Vélez-Málaga y originó una anotación preventiva en el Registro de la Propiedad. El Juzgado estimó la demanda. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. Contra la sentencia interpone recurso de casación el abogado del Estado. El recurso se funda, básicamente, en que aun cuando, según la jurisprudencia, la remisión del artículo 132 LGT 1963 al artículo 44 LH llevaba, a la aplicación de los artículos 1923, 1924, 1925 y 1929 CC, el esquema normativo que sirve de soporte a la referida interpretación jurisprudencial se modifica con la reforma introducida en la LGT 1963 por la Ley 25/1995, aplicable porque la tercería de mejor derecho se insta con posterioridad a su entrada en vigor. (S. M. S.)

**24. Débitos por cuotas de la Seguridad Social: orden de prelación.**—Desde el 1 de enero de 1988, fecha de entrada en vigor de la Ley de Presupuestos 33/1987, hasta ahora, el orden de preferencia de los débitos por cuotas de la Seguridad Social viene siendo el del ordinal 1.º del artículo 1924 CC pero sin restringirse a la última anualidad vencida y no pagada. **(STS de 3 de enero de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

HECHOS.—El origen del recurso de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social se encuentra en una tercería de mejor derecho promovida por la recurrente en 1998, bajo el régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, para ser reintegrada de sus créditos contra el ejecutado, resultantes de la falta de cotización al Régimen General de la Seguridad Social y al Régimen

Especial de Trabajadores Autónomos en diversos períodos comprendidos entre julio de 1993 y diciembre de 1997, con preferencia a la ejecutante, una entidad de arrendamiento financiero que en julio de 1994 había promovido juicio ejecutivo del artículo 1429 LEC con base en una póliza de contrato mercantil de arrendamiento financiero del año 1990.

La cuestión que se plantea es si para los créditos por cuotas de la Seguridad Social rige o no la restricción a la última anualidad contenida en el artículo 1924.1.º CC. Tanto en primera instancia como en apelación se afirma tal restricción, que el Tribunal Supremo niega. (B. F. G.)

**25. Pignoración de créditos. Pago por el deudor al acreedor distinto del nuevo. Conocimiento del deudor de la existencia de pignoración: distinto de consentimiento en el contrato de pignoración.**—Está probado que el deudor don G. pignoró a favor del Banco BBVA (antes B.A) los derechos que tenía sobre el justiprecio en la expropiación de unas fincas de su propiedad y esta pignoración tenía como finalidad garantizar el pago de los intereses del préstamo otorgado por el Banco de Alicante a la sociedad E., S.L.. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido la validez de las prendas de derechos (entre otras, SSTS de 26 de septiembre de 2002, con cita de las anteriores; 20 de junio de 2007). El contrato concluido entre don G. y el banco prestamista constituye una cesión de crédito *pro solvendo* a la que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 1527 CC, que establece que «el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación», de donde hay que deducir que el deudor que tiene conocimiento de la cesión no queda liberado de su obligación si satisface a su primitivo acreedor y no al nuevo. El deudor cedido no es parte en el contrato de cesión y, por tanto, para la validez del negocio no debe concurrir prestando su consentimiento (SSTS de 15 de julio de 2002 y 11 de julio de 2005); pero si la conoce, debe pagar a quien resulta ser su nuevo acreedor para que se produzcan los efectos liberatorios del pago. Si se ha notificado la cesión, como ha ocurrido en este caso, y siendo cierta, como lo es, la fecha de la notificación, el deudor no se libera pagando al primitivo acreedor, sino que debe hacerlo al cesionario, porque la puesta en conocimiento del deudor cumple precisamente la función de impedir que se produzca la liberación prevista en el artículo 1527 CC. (STS de 11 de marzo de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sra. D.<sup>a</sup> Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—El Banco BBVA, demandante, había concedido diversos préstamos a don G., a otros demandados y a E., S.L., mercantil representada por don G, para la construcción de una serie de viviendas. Se habían constituido una serie de garantías, entre otras, para diversos préstamos, por un total de 104 millones de pesetas, realizados a favor de E., S.L., se pactó garantía hipotecaria. Dicho préstamo fue prorrogado varias veces. Don G, el 23 de febrero de 1993, pignoró, a favor del banco prestamista, «los derechos de cobro que le corresponde percibir del Excmo. Ayuntamiento de Santa Pola derivados de la expropiación forzosa realizada de la finca de su propiedad denominada Cine Chapí. Dichos derechos conforme resulta del acuerdo de fijación del justiprecio ascienden a la can-

tividad de 85.050.000 pesetas, respecto a toda la finca. Siendo don G. propietario de 2/3 de la misma, los derechos al cobro se extenderán a la cantidad que se perciba correspondiente a dichas terceras partes». Se establecía, asimismo que, una vez recibida en el banco la cantidad derivada del justiprecio, esta se aplicaría al pago de todas las cantidades que adeudase la mercantil E., S.L. a dicho banco, derivadas de los intereses devengados por los préstamos concedidos. Posteriormente, D.G. vendió a la entidad P.A. M. y A., S.L. las fincas objeto del expediente de expropiación, que se realizó el 18 de enero de 1994. El Ayuntamiento pagó a dicha sociedad la correspondiente al justiprecio de la expropiación. El Banco interpone demanda, entre otros, contra el Ayuntamiento de Santa Pola, figurando entre los pedimentos, la exigencia al Ayuntamiento del abono de 2/3 del justiprecio abonado por la finca expropiada, primero propiedad de don G. y luego de P.A. M. y A., S.L. La pretensión fue desestimada en primera instancia y también en apelación. (S. M. S.)

**26. Cesión de créditos. Posición jurídica del cedente.**—La cesión del crédito la contempla el Código civil dentro del contrato de compraventa, artículos 1526 y siguientes aunque ciertamente no es una verdadera venta sino la cesión que puede tener como causa la venta u otro negocio jurídico (así, SS de 26 de septiembre de 2002 y 18 de julio de 2005) cuyo deudor no ha de consentir el negocio de cesión para que pueda llevarse a cabo (S de 1 de octubre de 2001). Su concepto es la sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito y supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho del anterior y quedando el antiguo ajeno a la relación crediticia (SS citadas de 26 de septiembre de 2002 y 18 de julio de 2005).

Es importante, pues, destacar que en la cesión de crédito, el cedente queda fuera de la relación jurídica obligacional; su derecho de crédito ha pasado al cesionario. Por ello, aquél nada puede reclamar, ya que ningún derecho tiene, por haberlo cedido.

Todo lo anterior lleva a concluir que las sentencias de instancia han errado los conceptos y ha infringido las normas del Código civil sobre la cesión del crédito, artículos 1526 y siguientes y la norma que sobre esta cesión concreta se halla en el artículo 36 (titulado beneficios de la liquidación, de la Ley 30/1995, de ordenación y supervisión de los seguros privados).

La entidad prestamista era titular del crédito derivado de préstamo y garantizado con hipoteca frente al matrimonio prestatario, cuyo esposo fallece, la esposa (actual recurrente en casación) no paga la deuda ya que el capital prestado estaba asegurado en la Compañía de seguros en caso del fallecimiento que verdaderamente se ha producido; siendo así que tal compañía entra en liquidación, se produce por aquella prestamista la cesión de su crédito (dice «acepta en todas sus condiciones la oferta de compra de su crédito...») a CLEA a cambio de un precio. Con lo cual su crédito se ha extinguido para ella; lo ha transmitido; si ha percibido un precio mayor o menor es intrascendente para el derecho; no puede, en ninguna manera, pretender que se mantenga su crédito en cuanto a la parte a que el precio, que ella aceptó, no lo haya alcanzado; de entenderse así, se quebrarían las normas del Código civil y de la Ley de ordenación de los seguros, que han sido citados. (STS de 25 de enero de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]



HECHOS.—Una entidad financiera concede un crédito garantizado con hipoteca a un matrimonio. El capital fue asegurado para el caso de fallecimiento de cualquiera de los esposos durante la vigencia del préstamo. Muere el marido y la mujer deja de pagar las amortizaciones del préstamo. Pero pocas fechas después del fallecimiento acaecido, la empresa aseguradora entra en fase de liquidación siendo intervenida por la Comisión Liquidadora de Empresas Aseguradoras (CLEA). En tal situación, CLEA ofrece a la financiera la adquisición de su crédito, lo que ésta acepta. El precio de compra del crédito fue notablemente menor que el monto del préstamo concedido al matrimonio. Acudió al Juzgado la esposa solicitando la nulidad del proceso de ejecución extrajudicial instado por la financiera —que pretendía cobrar de este modo la parte del crédito no cubierta por el precio de su cesión— así como la declaración de que el préstamo hipotecario suscrito estaba ya cancelado. La demanda fue desestimada. La Audiencia revocó parcialmente la resolución y estimó parcialmente la pretensión de la actora en el sentido de decretar la nulidad de parte de las actuaciones seguidas en el procedimiento de ejecución hipotecaria. Recurre en casación la esposa —prestataria y el Tribunal Supremo estima su recurso—. (R. G. S.)

**27. Compraventa: cuotas de garaje común con indicación de las plazas de aparcamiento a que dan derecho. Interpretación de los contratos.—**

La cuota es meramente instrumental del derecho a utilizar un espacio para aparcamiento y el objeto de la compraventa es, en realidad, la plaza o espacio que pueda estar asignado en un puesto concreto o intercambiable, pero que, en todo caso debe ser el necesario para el aparcamiento y maniobrabilidad del vehículo. Por esta razón, la venta de cuotas con indicación de que dan derecho a plazas de aparcamiento ha de ser valorada, en función de la que parece ser la «intención común», los actos coetáneos y posteriores de las partes y de modo acorde con los usos del tráfico como una venta de plazas de garaje en la que la indicación de la cuota constituye un elemento para fijar, no la medida del uso, que viene determinado por el número de plazas o de vehículos, y es independiente respecto de la concreta plaza de aparcamiento, pero solidario en cuanto a los elementos forzosamente comunes, sino la de participación o concurrencia en la organización, en los poderes de disposición y administración y en los gastos.

**Nulidad del contrato: falta de objeto cierto por haberse perdido en su totalidad al tiempo de la venta.**—La plaza de garaje no es un mero espacio físico, sino un bien conformado de acuerdo con un destino y unas reglas de uso y aprovechamiento. Como bien susceptible de proporcionar utilidad, requiere el complemento de unos derechos de utilización de zonas o espacios para acceso, rodamiento y de elementos para otras funciones, como las de seguridad. Las plazas de garaje existen, pues, en función de la capacidad de aprovechamiento de un determinado local para un cierto número de vehículos. Cuando tal aprovechamiento se ha agotado, porque más vehículos no pueden estacionar en condiciones de policía y seguridad adecuadas, hay que concluir que la plaza no existe y que se ha producido la nulidad del contrato que intenta transferirla.

**Acción de división del artículo 401 CC.**—La jurisprudencia ha venido considerando que el tono imperativo del artículo 401 II CC hace inexcusable

su aplicación siempre que sea posible, pues se trata de un derecho ejercitable por cualquiera de los copropietarios que se encuentren en tal situación (SSTS de 16 de octubre de 1964, 20 de enero de 1988, 13 de diciembre de 1983), que es viable en cuanto se produzca la solicitud y concurren las características (STS de 26 de septiembre de 1990, 1 de marzo de 2001, etc.), siempre que no se exijan obras de enorme importancia (STS 30 de junio de 1993) y que no se produzca la pervivencia de la copropiedad ordinaria, pues se trata de una forma de división. Se valora, en el sentido de propiciar lo que se ha llamado «esta peculiar forma de división» (STS 26 de septiembre de 1990), la semejanza de los lotes o cuotas asignados a los copropietarios (SSTS 26 de septiembre de 1990, 13 de julio de 1996, etc.), así como la delimitación suficiente del espacio susceptible de aprovechamiento independiente (RR de la DGRN de 5 y 7 de enero de 1998) y la susceptibilidad de aprovechamiento independiente, es decir, que no se precise el goce por cada uno de los propietarios de los espacios resultantes (plazas de garaje) de los demás elementos privativos (RR de la DGRN de 12 de noviembre de 1997 y 3 de julio de 2000). Estos datos y circunstancias se han acreditado en autos. **(STS de 10 de enero de 2008;** ha lugar en parte.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—C.D.L, S.A., presenta demanda de nulidad de determinadas ventas realizadas por I.J., S.A, que, no obstante estar directamente referidas a cuotas o participaciones ideales del local destinado a garaje, se resolvían en la transmisión de plazas de garaje, por haberse agotado la superficie útil del local. Esta pretensión se concentra más tarde en la nulidad de una sola operación de compraventa, convenida entre I.J, SA y D. G., por documento privado que se dice suscrito en 5 de noviembre de 1992, y por el que éste adquiere una participación de 5,51% de local destinado a garaje, equivalente, según se decía a las plazas 15,16 y A del plano. Tales plazas, según los demandantes, no se acreditaron con plano ninguno y resultaban imposibles de configurar física y jurídicamente porque la vendedora ya había dispuesto en ese momento de todas las plazas disponibles. El Juzgado de primera instancia desestimó las demandas principal y reconventional. La parte actora interpuso recurso de apelación, que resultó igualmente desestimado. (S. M. S.)

**28. Venta de cosa ajena: validez.**—La jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo considera válida la venta de cosa ajena. La capacidad de disponer del bien por parte del vendedor no es requisito exigido para la validez del título de compraventa, sino para el cumplimiento de la obligación de entrega nacida del contrato. El título de compraventa es válido y puede dar lugar a una acción de incumplimiento o bien, si hubo entrega, a la usucapión ordinaria de los bienes por parte del comprador. **(STS de 26 de febrero de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

HECHOS.—El objeto del litigio lo constituye la propiedad de determinados bienes. Se acumulan dos acciones en un mismo procedimiento: la segunda acción es declarativa de la nulidad de la compraventa en virtud de la que los primeros demandantes solicitan que se les declare como propietarios. La demanda declarativa

del dominio se basa en la existencia de la compraventa y, subsidiariamente, en la prescripción adquisitiva de los bienes. (C. J. D.)

**29. La falta de conformidad en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías.**—Recuerda el Tribunal Supremo que, si bien dogmáticamente es posible diferenciar entre las acciones por incumplimiento contractual y las que tienen por objeto exigir la obligación de saneamiento por vicios o defectos ocultos que pesa sobre el vendedor —y así lo distingue nuestra doctrina y jurisprudencia—, la Convención de Viena da un tratamiento unitario a los supuestos de entrega de cosa diversa (*aliud pro alio*), defectos de cantidad, calidad y funcionamiento, incluyendo a todos ellos en la noción de falta de conformidad, estableciendo un plazo para manifestarla y fijando sus efectos.

**Inexistencia de falta de conformidad. Interpretación integradora del contrato.**—Constatado que el objeto del contrato es un número determinado de vehículos que habían sido destinados previamente a alquiler, la estipulación del contrato en virtud de la cual la parte vendedora se compromete a embarcar los vehículos en buen estado, a salvo el uso normal y sin accidentes, se debe interpretar en el sentido de que la obligación de entrega del vendedor está condicionada por ese uso previo, que, a su vez, explica el precio del contrato. Por tanto, no constituyen falta de conformidad los defectos que presentan los vehículos, que son los derivados del uso normal de los mismos, atendido su destino anterior, que era conocido por la compradora y había sido contemplado por las partes en el contrato.

**El régimen de la falta de conformidad.**—La obligación de entrega del vendedor, que comprende la entrega de mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato, viene acompañada de un deber del comprador de examinar las mercaderías en el plazo más breve posible, atendidas las circunstancias (art. 38). En el caso de transporte, el examen puede aplazarse hasta que éstas lleguen a su destino. Además, conforme al artículo 39, el comprador pierde el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor especificando su naturaleza y dentro de un plazo razonable a partir del momento en que haya o debiera haberla descubierto. No obstante, podrá rebajar el precio o exigir la indemnización de daños y perjuicios —excepto el lucro cesante— si puede aducir una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida. En todo caso, la falta de conformidad deberá ser invocada dentro de los dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador.

A pesar de que el Tribunal Supremo considera que no hay falta de conformidad, pone de relieve que, aún en el caso de que ésta hubiera existido, el comprador inspeccionó la mercadería en origen, sin que manifestara su disconformidad, con la consiguiente pérdida del derecho a invocar la falta de conformidad, al no haberla comunicado a la vendedora en un plazo razonable; éste, atendidas las circunstancias y la naturaleza de los desperfectos, comenzó a contar desde el momento en que se efectuó la inspección en origen, sin que sea necesario posponerlo al momento en que los vehículos llegaron a su destino.

**El incumplimiento contractual.**—El Tribunal Supremo afirma que, inspirándose en los principios de *common law*, la Convención de Viena distingue entre incumplimiento esencial (art. 25) y el incumplimiento que denomi-

na accesorio. El incumplimiento accesorio o bien no produce perjuicios apreciables, o bien produce perjuicios que pueden resolverse con una reparación y subsanación de los defectos, con una indemnización o con una reducción del precio. Por su parte, el incumplimiento esencial responde a la regla anglosajona del *fundamental breach of contract*, y existe cuando el incumplimiento de una de las partes causa a la otra parte un perjuicio tal que la priva sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación. (STS de 17 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Las partes celebran un contrato de compraventa de 300 vehículos destinados previamente a alquiler. La compradora es una empresa alemana y las vendedoras dos empresas de Canarias. Se trata de una compraventa internacional regulada por la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980. En la cláusula novena del contrato se especifica que los vehículos deben estar en buen estado para circular y no haber sufrido accidentes. Antes de ser transportados a Alemania, los vehículos fueron inspeccionados de forma superficial por un representante de la compradora, quien denunció a las vendedoras la existencia de daños y desperfectos en los vehículos. Las vendedoras no repararon los desperfectos y, cuando los vehículos llegaron a su destino, la compradora comprobó, además, la existencia de irregularidades en los frenos, en los neumáticos y en otras partes de los vehículos. La compradora presenta una demanda en la que solicita que se condene a las vendedoras a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Por su parte, la Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por la compradora. Contra esta sentencia, la compradora interpone un recurso de casación en el que, entre otros motivos, alega infracción de los artículos 35, 36, 38 y 39 de la Convención de Viena. Según la recurrente, nunca mostró su conformidad con la mercadería adquirida por lo que quedaban intactos los derechos que le asistían como consecuencia del incumplimiento. El estado de los automóviles no era conforme a lo pactado, pues resulta irrelevante que inicialmente se usaran para el alquiler, porque las deficiencias que presentaban eran mayores que las propias del uso al que iban a ser destinados.

NOTA.—La cuestión fundamental del recurso de casación consiste en determinar si existió o no falta de conformidad de los vehículos entregados a la compradora. Sin embargo, en los fundamentos de derecho de la sentencia se hace referencia a numerosas cuestiones que plantea la aplicación de la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías hecha en Viena el 10 de abril de 1980. Así, existen pronunciamientos sobre el alcance del artículo 7 relativo a la interpretación del texto de la Convención, o sobre el artículo 8 relativo a la interpretación del contrato. Y junto a ellos, existe una amplia referencia a cómo se concibe la vinculación con-

tractual; concretamente, las obligaciones de las partes, los remedios de los que disponen en caso de incumplimiento y el sistema de transmisión de riesgos. Finalmente, el Tribunal Supremo, tras afirmar que no existió falta de conformidad, llega a la conclusión de que el comprador perdió el derecho a invocarla al no denunciar la misma en un plazo razonable. Sobre la denuncia y las consecuencias de su falta *vid.* el comentario a esta sentencia de Nieves Fenoy Picón, en *CCJC*, núm. 78, pp.1299-1339. (*L. P. S. M. P.*)

**30. Pacto de indivisión. Límite temporal.**—Aunque la finalidad buscada por las partes sea la de proteger a sus hijos, un pacto de indivisión cuya duración sea superior a los diez años ha de ser declarado nulo, por ser contrario al artículo 400 CC.

**Promesa de donación. Ineficacia.**—La jurisprudencia insiste desde hace tiempo en la no validez de las promesas de donación de inmuebles, si no hay aceptación del donatario (entre otras muchas, SSTS de 6 de junio de 1908, 27 de junio de 1914, 21 de noviembre de 1935, 21 de junio de 1945, 19 de junio de 1999 y 25 de noviembre de 2004). Se trata de una donación incompleta que carece de los efectos jurídicos de la donación. Por ello, una donación sometida a plazo, en la que no concurre la aceptación del donatario, no es más que una promesa de donación.

**Presunción de ganancialidad.**—Según la jurisprudencia, la presunción de ganancialidad del artículo 1361 CC tiene la condición de *iuris tantum* (*v. gr.*, SSTS de 17 de octubre y 27 de noviembre de 2007). Por ello, para que dicha presunción pueda ser destruida, aquél que niegue esta condición respecto de un determinado bien ha de probar cumplida y satisfactoriamente su carácter privativo. (**STS de 25 de enero de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—El 22 de septiembre de 1993 recayó sentencia de separación del matrimonio formado por don A. y doña A. En la sentencia se homologaba el convenio otorgado por los cónyuges, en el que se acordaban unas reglas para la liquidación del régimen de gananciales, que se practicaría mediante otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Concretamente, para tres inmuebles propiedad de la pareja, situados en Madrid, se establecía que, una vez disuelta la sociedad conyugal, se mantendrían éstos en régimen de copropiedad, percibiendo el esposo la totalidad de los frutos y rentas generados por los mismos, hasta que fueran donados a sus dos hijos. Hasta ese momento —cuando cada uno de sus hijos cumplieran los veinticinco años, para lo cual quedaban más de diez años—, los cónyuges acordaban, además, no enajenar, gravar, hipotecar, ceder, usufructuar ni establecer carga alguna ni servidumbre sobre su derecho de propiedad, ni conjunta ni separadamente, salvo que fuera por mutuo acuerdo y en caso de necesidad o en beneficio de los hijos. Con ello se pretendía mantener los inmuebles en propiedad de los cónyuges hasta que se pudieran transmitir a los hijos, a fin de proteger a éstos.

Aprobado el convenio, la esposa pidió la ejecución de sentencia, solicitando que se procediera a la liquidación del régimen matrimonial. Sin embargo, al surgir discrepancias entre los cónyuges,

ges, se nombró por el juez un contador que otorgó el correspondiente cuaderno particional, al cual se opuso el marido. Como consecuencia de todo ello, se dictó auto de 3 de octubre de 1995 en el que se declaraba que, al no haberse obtenido la conformidad de las partes sobre los bienes que debían integrarse en el activo y pasivo de la sociedad de gananciales, no podía continuarse la tramitación de la pieza, debiendo procederse a su archivo y quedando abierta para las partes la vía judicial.

La esposa interpuso entonces demanda contra su marido, poniendo de relieve que no se había liquidado la sociedad, aunque en el convenio existían las bases para ello. En la demanda solicitaba que se declarase nulo, entre otros, el pacto de indivisión de los pisos de Madrid, que se declarase que eran objeto de liquidación una serie de viviendas y bienes (cuentas corrientes, ajuar doméstico, plazas de aparcamiento) y que se condenara al esposo a abonar el valor de otros bienes de los que él disponía de forma exclusiva. La demanda fue desestimada en primera instancia y la esposa interpuso recurso de apelación. Éste fue estimado en parte por la Audiencia Provincial, quien, al considerar que existía incongruencia y falta de motivación en la anterior sentencia, dictó sentencia en la que declaró la nulidad de las cláusulas del convenio regulador a las que se refería la demanda de la esposa, así como la ganancialidad y sometimiento a liquidación de algunos de los bienes señalados por ésta, y condenó al marido al abono de una cierta cantidad. Contra esta sentencia interpuso el marido recurso de casación. (A. M. M.)

**31. Excepción de litispendencia: procedimiento de desahucio del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.**—Es jurisprudencia reiterada de la Sala Primera del Tribunal Supremo (entre otras, SS de 23 de marzo de 1996, 25 de noviembre de 1993, 22 de junio de 1987) la apreciación de la excepción de litispendencia en los casos en los que haya tal identidad o complementariedad entre lo que se pretende resolver y lo que se resolvió, que pueda producir resoluciones contradictorias.

La pendencia de juicio de desahucio por falta de pago de las rentas, no permite a la parte demandada ejercer una acción de reconocimiento del contrato de arrendamiento origen del desahucio y la reclamación de rentas adeudadas por la parte actora, ya que los efectos que tenga el primero de los juicios imposibilita los efectos que pueda tener la acción del segundo procedimiento. (STS de 10 de octubre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Don C. pactó en su momento con los Sres. R. y M. P., contrato de arrendamiento de local de negocio, local que pasaría a ser de la sociedad BAH, S.A., y que sería vendido con pacto de reserva de dominio a P. A., E. y R.

Posteriormente, y por el impago de las rentas de dicho local por parte de C., la sociedad BAH, S.A., titular registral del local, ejerció acción de desahucio por la falta de pago de dichas rentas.

Don C., interpone demanda tanto contra BAH, S.A., como contra P. A., E. y R. en la que solicita se reconozca la vigencia del contrato de arrendamiento de local que se firmó con R. y M. P.

BAH, S.A., contesta reconviniendo y solicitando el pago de las rentas impagadas desde el momento en que le fue comunicado el juicio de desahucio.

El Juzgado de Primera Instancia resuelve absolviendo a todas las partes y apreciando la excepción de litispendencia. Don C. interpone recurso de apelación que es estimado por la Audiencia Provincial. La sociedad BAH, S.A., presenta recurso de casación ante el Tribunal Supremo que declara haber lugar, casar y anular la sentencia de la Audiencia Provincial, confirmando la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia. (A.M.C.S.)

**32. Plazo para el ejercicio de la acción de retracto.**—Se combate en este motivo el plazo de caducidad de la acción de retracto que, en opinión de la parte impugnante, no sería el de 60 días desde la notificación fehaciente a la actora de la escritura de compraventa (en aplicación del artículo 48 de la anterior ley arrendaticia), plazo en que se apoyó la Audiencia para negar la caducidad de la acción, sino el más reducido de 30 días naturales desde tal notificación, que es el plazo que contempla el artículo 25.3 de la nueva ley de arrendamientos. Ello sería así, en opinión de la parte, porque la doctrina jurisprudencial determina que el plazo de caducidad «se rige por la ley vigente al presentarse la demanda» dado el carácter real (no personal) que tiene ese derecho, que nace, no con el contrato de arrendamiento (siendo indiferente la fecha de suscripción del mismo) sino al tiempo en que se consuma la transmisión patrimonial de la que el retracto trae causa. Constando que la escritura de venta es de fecha de 22 de diciembre de 1999, el acogimiento de la tesis expuesta y la aplicación del plazo de 30 días conllevaría que la demanda se presentó después de caducar el derecho.

Pues bien, el retracto que a través de este proceso se ejercita por la actora no es el que prevé el actual artículo 25 de la LAU 1994, sino que, teniendo en cuenta que el contrato de arrendamiento data del año 1958, de conformidad con lo previsto en la DT 2.<sup>a</sup> A) de la LAU de 1994, tal contrato continúa rigiéndose conforme a la anterior ley locativa de 1964, debiéndose estar entonces a dicha ley, y en particular en cuanto se refiere al derecho de retracto, a los postulados del artículo 48, único precepto a tomar en consideración cuando se trata de examinar los presupuestos legales que se exigen para que el derecho subjetivo del inquilino, orientado a permitirle su acceso a la propiedad del inmueble en sustitución del adquirente, y en las mismas condiciones que éste, pueda tener éxito. Así lo ha señalado esta Sala, destacando entre todas la S de 2 de marzo de 2005, que dilucida un supuesto semejante al que ahora nos ocupa en que también el arrendamiento se celebró vigente la LAU de 1964, no obstante lo cual, al examinar los requisitos materiales del derecho ejercitado, entendió aplicable el plazo de caducidad de 60 días previsto en el artículo 48.2 de la anterior ley locativa.

**Pago del precio por el retrayente: ¿el real o el escriturado? La cuantía del precio es cuestión de hecho.**—[...] los razonamientos expuestos no permiten deducir en que modo ha infringido la sentencia la norma contenida en el artículo 1518 CC. Tal precepto se limita a exigir al retrayente el reembolso del precio de la venta satisfecho por el comprador como requisito imprescindible para el éxito de la acción, esto es, para que pueda llegar a entrar el retrayente en la propiedad de los bienes retraídos; sin embargo, la parte recurrente no muestra su disconformidad con el sentido del efecto jurí-

dico que la norma liga al supuesto al que se aplica, ni con la interpretación, ajustada a su literalidad, que, en aplicación de dicho efecto, se acoge en la sentencia, sino que, en puridad, tan sólo centra su discrepancia en la cantidad que, como precio de venta satisfecho por el comprador, ha de integrar, en este caso concreto, el supuesto de hecho previsto en la norma. De esta forma, mientras la sentencia rechaza que frente al único precio plenamente acreditado, reconocido en su contestación a la demanda por la parte ahora recurrente y expresado en la escritura pública (40.000.000 de ptas.), exista otro precio «real» distinto a aquel, en cambio, la parte recurrente, se aparta de los hechos probados para insistir en su postura de dar por cierto y probado que el precio realmente satisfecho por el comprador excedió de aquella cantidad y se postula a favor de que sea este último el que se tome en cuenta a los efectos de reembolso, en línea con la doctrina de esta Sala Primera que ha otorgado relevancia jurídica a la discordancia entre el precio real y el declarado, con efectos decisorios sobre el derecho de retracto. Como señaló la Audiencia Provincial, es indudable que esta Sala Primera del Tribunal Supremo (S de 28 de junio de 1991, con cita de las de 20 de septiembre de 1988, 16 de mayo de 1956 y 12 de junio de 1984 y sentencia de 11 de julio de 1996), ha considerado que debía estarse al precio real cuando resulta superior al escriturado, sin que en modo alguno se haya contemplado el «valor» del inmueble, por más que supere al precio, pues éste es el que se ha 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. Pero, como señaló la Audiencia, tal criterio se ha seguido cuando se probó que se había satisfecho como precio una suma muy superior a la declarada en la escritura, apareciendo como dato incuestionable la disparidad entre uno y otra, lo que no ocurre en el presente caso pues la Audiencia no considera acreditado el precio que la parte recurrente defiende como real o verdadero, ni reputa simulado o ficticio el que figura en la escritura de compraventa; ante esa tesis, es lógico que a los efectos de integrar el concepto de precio que prevé el artículo 1518 del CC y exigir su reembolso al retrayente, la sentencia se decante por la única cantidad que resultó acreditada mediante la escritura pública; decisión ajustada a derecho habida cuenta que también constituye doctrina de esta Sala que frente a meras conjeturas de parte «el órgano jurisdiccional tiene que inclinarse por mantener la mayor fuerza de convicción que deben atribuirse en su perjuicio a las declaraciones de una parte en documento público (art. 1218 del CC)» y con mayor razón cuando la propia parte no discute este hecho en su contestación. Para finalizar decir que una vez que la Sala de instancia, valorando libre y conjuntamente la prueba, forma su convicción acerca de que el único precio satisfecho por el comprador, objeto de reembolso por el retrayente *ex* artículo 1518 CC, fue el de 40.000.000 de pesetas, nos encontramos con una conclusión ajena al juicio jurídico, ligada al juicio de los hechos («cuantía del precio y notificación de la venta son cuestiones de hecho»; S de 20 de febrero de 1992 y las que cita), con lo que resulta ineficaz su impugnación en casación, si previamente no se intenta sustituir tales resultancias probatorias por el cauce del error de derecho en la valoración de la prueba, debiendo por ende «atenerse a las apreciaciones del Tribunal *a quo* en tal sentido como reiteradamente ha declarado esta Sala (SS, entre otras, 6 junio, 22 septiembre y 27 diciembre de 1998). (STS de 16 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]



HECHOS.—El Juzgado, estimando la acción de retracto, declaró el derecho de la actora —retrayente a acceder a la propiedad del piso arrendado por su marido tras haberse subrogado en el contrato de arrendamiento suscrito por éste y haber abonado el precio de cuarenta millones de pesetas (cantidad efectivamente abonada por la compradora). Idéntico fue el parecer de la Audiencia que confirmó la sentencia recaída en la instancia. No hubo lugar al recurso de casación interpuesto por los sucesores procesales de la compradora— demandada fallecida. (R. G. S.)

**33. Juicio de retracto. Inadecuación de procedimiento. Incongruencia. Presupuestos procesales del retracto.**—En cuanto a la inadecuación del procedimiento, a saber, que la acción debió tramitarse por las normas del juicio de cognición y no por las del juicio de retracto, señala el Tribunal Supremo que si esta cuestión era controvertida a la entrada en vigor de la LAU de 1994 no lo es ya en la actualidad en atención al artículo 249.1, 6.º y 7.º LEC 2000 conforme al cual procede el juicio de retracto. No obstante la Sala añade, con especial referencia a la STS de 8 de septiembre de 2000, que la misma viene flexibilizando la aplicación estricta de esta excepción procesal cuando las garantías del proceso seguido no merman ni restringen los medios de defensa e impugnación en aplicación del artículo 11.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial como resulta ser el presente caso. En relación con la incongruencia de la resolución impugnada al no haberse pronunciado la Audiencia sobre si los demás abonos que menciona el artículo 1518 CC deben consignarse dentro del plazo de caducidad de la acción, la desestima por cuanto sí medio pronunciamiento, a saber, que el único requisito para la admisión de la demanda de retracto es la consignación del precio aunque para consumir el derecho deban reembolsarse los gastos señalados en el precepto citado, respecto de los que si no son conocidos, basta la promesa de hacerlo. En cuanto a la vulneración de los artículos 48.2 LAU en relación con el 1518 CC el Tribunal Supremo mantiene, en contra de la argumentación del motivo, que hay que distinguir entre la consignación del precio de la venta como presupuesto para la admisión de la demanda, del reembolso de los gastos del contrato, pagos legítimos para la venta y gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida que pueden ser abonados con posterioridad a la demanda y antes de la consumación del retracto que se produce mediante su ejercicio una vez recaída sentencia firme declarando haber lugar al mismo (STS de 19 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—Don D. demanda en juicio de retracto a la mercantil LONJAS, S.A. al haber comprado esta el piso, que ocupaba aquel en concepto de arrendatario urbano (desde mayo de 1967), junto con otros pisos sitios todos ellos en el mismo inmueble (20 de julio de 1998), sin haberle efectuado la notificación prevista en el artículo 48.2 de la LAU si no tan solo una mera comunicación (julio de 1998) señalándole que habían adquirido «en bloque» el inmueble sin información alguna sobre las condiciones de la venta. Efectuada por don D. las investigaciones oportunas vino en conocimiento de que el piso que ocupaba había sido inscrito como finca independiente en el Registro de la Propiedad el 5 de agosto de 1998,

comprado por la demandada junto con otros pisos del mismo inmueble mediante escritura de 20 de julio de 1998 e inscrita la referida venta en el Registro el 4 de noviembre de 1998 de la que obtuvo la correspondiente información registral el 17 de noviembre de 1998. Junto con la demanda se consignó el precio del referido piso según constaba en el Registro de la Propiedad con el compromiso solemne de reembolsar al comprador de los gastos del contrato y todos aquellos que resultaran legítimos.

El Juzgado de Primera Instancia tras desestimar la excepción de inadecuación de procedimiento, dictó sentencia desestimando la demanda interpuesta por caducidad de la acción de retracto. Se interpuso recurso de apelación por don Darío y la Audiencia Provincial estimó el recurso, revocando la Sentencia del Juzgado y declarando haber lugar al derecho de retracto. Se interpuso recurso de casación por tres motivos (inadecuación de procedimiento por inaplicación del art. 39.2 LAU; incongruencia de la resolución; inaplicación del artículo 48.2 de la LAU en relación con el art. 1518 CC), todos ellos desestimados. (C. S. R.)

**34. Retracto arrendaticio sobre finca rústica. No cabe alegar incongruencia en la sentencia absolutoria.**—Tal pretensión impugnatoria no puede prosperar a la luz de la jurisprudencia sentada por esta Sala en materia de incongruencia. Así, es doctrina jurisprudencial reiterada, entre otras muchas, en las SS de 18 de noviembre de 1996, 29 de mayo, 28 de octubre y 5 de noviembre de 1997, 11 de febrero, 10 de marzo y 24 de noviembre de 1998, que «para decretar si una sentencia es incongruente o no, ha de atenderse a si concede más de lo pedido (*ultra petita*), o se pronuncia sobre determinados extremos al margen de lo suplicado por las partes (*extra petita*) y también si se dejan incontestadas y sin resolver algunas de las pretensiones sostenidas por las partes (*citra petita*), siempre y cuando el silencio judicial no puede razonablemente interpretarse como desestimación tácita. Se exige para ello un proceso comparativo entre el suplico integrado en el escrito de demanda y, en su caso, de contestación y la parte resolutive de las sentencias que deciden el pleito. También puede apreciarse vicio de incongruencia en aquellas sentencias que prescinden de la causa de pedir y fallan conforme a otra distinta, al causar indudable indefensión, que no ampara el principio *iura novit curia*». En línea con lo expuesto, recuerda la S de 4 de julio de 2007, con cita de la anterior de 6 de noviembre de 2006, que «la congruencia supone una relación de conformidad o concordancia entre las pretensiones oportunamente deducidas en la súplica de los escritos fundamentales rectores del proceso, y no con relación a los razonamientos o fundamentaciones que se hagan en ellos (SS de 16 de febrero y 17 de mayo de 1984, 20 de marzo de 1986, 22 y 26 de diciembre de 1989). Además, no obliga a los órganos jurisdiccionales a la aceptación o denegación escrita y literal de lo solicitado por las partes, sino que les permite matizar lo por ellas pedido (S de 22 de septiembre de 1994). Cabe, pues, la desestimación tácita y más cuando se trata de una sentencia absolutoria, pues en este tipo de sentencias sólo se daría la incongruencia si la absolución hubiera sido determinada por la estimación de una excepción no alegada ni apreciada de oficio en el caso de que ello proceda (S de 28 de enero, 4 de marzo y 16 de mayo de 1991, etc.)».

Es regla general, conforme a lo expuesto, y según recuerda la S de 9 de febrero de 1999, que «no cabe alegar incongruencia en la sentencia absoluta, como es el presente caso, y así lo ha mantenido muy reiteradamente esta Sala, con doctrina que recoge la S de 3 de octubre de 1998 al expresar que las sentencias absolutorias vienen a significar la íntegra desestimación de las pretensiones deducidas en la demanda, con la consecuente resolución de cuantas cuestiones fueron objeto de controversia, por lo que no cabe tacharlas de incongruencia». Finalmente debe añadirse, como resalta la S de 18 de octubre de 2006, que es cosa distinta de la incongruencia la disconformidad de la recurrente con la solución dada por la sentencia recurrida.

**La concurrencia de alguna causa de exclusión vacía al arriendo de su condición de especial y protegido, no asistiendo al arrendatario entonces el derecho de acceder a la titularidad de los predios mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto.**—Con carácter general tiene declarado esta Sala que «por el hecho de que exista un arrendamiento no quiere decir que inevitablemente esté sujeto a la Ley de Arrendamientos Rústicos, pues es necesario que las fincas, objeto del mismo, no se encuentren en cualquiera de las circunstancias que se enumeran en su artículo 7» (S de 9 de mayo de 1996. Así pues, la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en dicho precepto (actualmente contenidas también en el art. 7 de la Ley 49/2003) imposibilita para el ejercicio de los derechos específicos contenidos en tal normativa, cual es el derecho de acceso a la propiedad, circunscrito, por lo expuesto, al ámbito normativo de dicha Ley (S de 3 de marzo de 2005, y las que cita de 5 de mayo de 1993, 7 de julio de 1995, 22 de enero de 1998, 7 de diciembre de 1999, 3 de abril de 2000, 27 de marzo de 2003, 16 de diciembre de 2004, 22 de diciembre de 2005 y 10 de abril de 2006).

Por lo demás, a la exclusión de un arriendo de la Ley de Arrendamientos Rústicos, conforme al artículo 7 referido, no obsta el hecho de no haber cursado el arrendador el desahucio conforme a lo dispuesto en el apartado 2.º de dicho artículo, en relación con el 83, también del mismo texto legal, cuya infracción denuncia el recurrente en el motivo tercero de su recurso.

Ya el propio recurrente reconoce que el artículo 83 referido ampara tan sólo una posibilidad, no una automaticidad resolutoria, de donde, no obstante, deduce él, erróneamente, que el contrato de referencia se mantuvo en la forma que inicialmente se pactó, como rústico. Tal planteamiento es erróneo pues, como señalan de modo coincidente las SS de 19 de octubre de 2001, 3 de marzo de 2005, 6 de julio y 12 de septiembre de 2006, entre otras, la concurrencia de alguna causa de exclusión vacía al arriendo de su condición de especial y protegido, no asistiendo al arrendatario entonces el derecho de acceder a la titularidad de los predios mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto (art. 84). Justifican tales SS tal interpretación de los artículos referidos en la medida que, como señala la de 12 de septiembre de 2006, en otro caso no tendría sentido como señalan las SS de 13 de octubre de 1993 y 16 de diciembre de 2004, la locución del apartado 1 del artículo 7 que dice «tampoco (el art. 6 anterior se refiere a las hipótesis exceptuadas de la Ley especial) se aplicarán las normas de esta Ley a los arrendamientos que tengan por objeto, inicial o posteriormente fincas en las que concorra alguna de las circunstancias que especifica». Consecuentemente, y tal como continua señalando la meritada S «el no ejercicio por el arrendador de su facultad de resolución, no supone evitar la aplicación del artículo 7.1.3.ª, ni permite al arrendatario ejercitar el derecho de acceso a la propiedad, al resultar precisa la acreditación del presupuesto de que el arrendamiento sea rústico y sujeto a la

LAR». De modo más tajante, señala la S de 6 de julio de 2006 que la postura interpretativa que propugna el recurrente «no se acepta porque es contraria al antecedente histórico (el precepto de la LAR recoge la idea sustancial de la doctrina jurisprudencial dictada en aplicación del artículo 2.2.3 del Reglamento de 29 de abril de 1959), contradice los términos literales del precepto que se refiere a “inicial o posteriormente”, y no tiene soporte alguno lógico, sistemático, sociológico, ni, menos todavía, constitucional».

Con carácter más específico combate el recurrente, en los motivos cuarto y quinto, la concurrencia en el caso de autos de los supuestos de exclusión apreciados en la sentencia de apelación, enumerados en los ordinales 1.º y 3.º del artículo 7.1 LAR.

Sobre la calificación urbanística sobrevenida de la finca arrendada, como suelo urbano, extremo fáctico éste que no ha sido impugnado, y que, en todo caso, constituye una cuestión de valoración probatoria que no puede ser revisada en casación, insiste el recurrente en otorgar prevalencia, frente a la calificación administrativa, al uso o aprovechamiento efectivo llevado a cabo en la misma, tesis ésta que no respeta el propio tenor literal del precepto referido y que, por ello no puede tener favorable acogida.

En relación con la concurrencia de la exclusión enunciada en el apartado 3.º del artículo 7.1 LAR denuncia el recurrente la falta de acreditación en autos del preceptivo valor de comparación, determinado por el del valor agrario de la finca litigiosa y los valores en venta de fincas de similares características en la misma comarca o zona.

Ciertamente, la doctrina jurisprudencial fijada por esta Sala al respecto exige establecer una comparación entre estos dos términos, de un lado, el valor de la finca o fincas del contrato, y de otro, el valor que en la comarca o zona tengan las fincas de su misma calidad o cultivo, y teniendo en cuenta, además, que la diferencia de valor a que se refiere el texto legal como determinante del ámbito de su aplicación ha de provenir de cualquier circunstancia ajena al destino agrario, y no a una aportación del arrendatario, con lo que desaparece la función social protectora que constituye la ratio de la especialidad normativa (S de 22 de enero de 1998, 7 de octubre de 1999 y 3 de marzo y 22 de diciembre de 2005, entre otras). La apreciación de las circunstancias expresadas, como apunta la S de 16 de diciembre de 2004 constituye una cuestión fáctica sometida a la potestad del órgano jurisdiccional de instancia, por lo que, cualquier planteamiento, como el del recurrente, que no denuncie, en la forma legalmente prevista, error en la valoración de la prueba, con indicación del precepto probatorio que pudiera resultar infringido, incurre en petición de principio y desborda la función de la casación, circunscrita a la revisión de la aplicación del ordenamiento jurídico efectuada en la resolución recurrida, sin que pueda expandirse al ámbito de una tercera instancia.

**En materia de costas procesales, quedan al margen del control casacional los pronunciamientos basados en la apreciación de circunstancias que sirven de excepción a la regla objetiva del vencimiento.**—Conforme a reiterada doctrina de esta Sala, contenida, entre otras, en las SS de 12 de febrero y 5 de julio de 2004 y de 20 de diciembre de 2005, únicamente es posible la revisión a través del recurso de casación regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 de los pronunciamientos sobre costas procesales que hayan infringido la regla objetiva del vencimiento establecida en los artículos 523, 710, 873 y 896, quedando, en consecuencia, al margen del control casacional los pronunciamientos basados en la apreciación de cir-

cunstancias que sirven de excepción a dicha regla, del mismo modo que su no apreciación queda exceptuada del recurso, siendo en uno y en otro caso función de los tribunales de instancia, ajena al ámbito de la casación, no teniendo los mismos obligación de ejercer, ni de motivar por qué no ejercen tal facultad (SSTS de 20 de abril y 1 de octubre de 1997, 24 de noviembre de 1998 y 20 de septiembre de 2000). (**STS de 22 de enero de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

**HECHOS.**—En 1981 se concierta un contrato de arrendamiento sobre parte de una finca rústica y con la finalidad de destinarla al arrendatario a un uso agroganadero. En 1988 la revisión del planeamiento urbanístico del municipio donde radicaba la finca, la incluye en el perímetro urbano del pueblo y la califica como finca urbana, sin que ello modificara en modo alguno la relación locativa. Tiempo después la finca es vendida a un matrimonio, instándose en la escritura pública de venta al Notario autorizante para que comunicara al arrendatario la transmisión a los efectos prevenidos en la Ley de Arrendamientos Rústicos. Enterado de la venta, el arrendatario alega su condición de tal para ejercitar el derecho de retracto arrendaticio reconocido en el artículo 83 de la citada Ley especial, a lo que se oponen los adquirentes que, reconociéndole como poseedor de parte de la finca, insisten en su carácter urbano y en la existencia de causas de exclusión para la aplicación de la Ley de Arrendamientos Rústicos que determinan la sujeción del contrato locativo al régimen del Código civil, el cual sólo reconoce los retractos de comuneros y colindantes, pero no el arrendaticio. La sentencia de primera instancia acoge los pedimentos del actor, pero es revocada en apelación. Interpuesto el correspondiente recurso de casación, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al mismo. (*M. C. B.*)

**35. Promotor. Definición.**—Para definir la posición típica del promotor, la fórmula típica jurisprudencial señala como elementos determinantes: *a)* que la obra se realice en su beneficio; *b)* que se encamine al tráfico de la venta a terceros; *c)* que los terceros adquirentes hayan confiado en su prestigio comercial; *d)* que haya sido el promotor quien eligió y contrató al contratista y a los técnicos. En la propia fórmula se justifica esta conceptualización con el argumento de que adoptar un criterio contrario a la configuración del promotor como responsable supondría desamparar a los futuros compradores de pisos, frente a la mayor o menor solvencia del resto de los intervinientes en la construcción. El propósito de esta orientación jurisprudencial reside en amparar a la parte contractual más débil afirmando que los derechos de los adquirentes de viviendas no decaen por no haber contratado con los constructores o no haber puesto reparos en el momento de recepción, pues el promotor realiza las obras en su propio beneficio y con destino al tráfico, mediante venta a terceros; y los adquirentes confían en su prestigio profesional y, por ello, no deben ser defraudados.

**Cooperativas de viviendas. Caracterización bajo la vigencia del artículo 1591 CC.**—Al examinar las actividades de las cooperativas de viviendas para caracterizar su posición en el proceso constructivo se tomó en consideración la inexistencia de ánimo de lucro. Se ha destacado que estas

sociedades no venden pisos y locales comerciales a terceros con esta finalidad, sino únicamente con la de reducir los costes de la edificación en beneficio de sus asociados. Partiendo de esta realidad, la jurisprudencia ha afirmado que su actividad no permite incluirlas en la descripción típica que se hace del promotor, y en consecuencia tales sociedades no están sometidas a la responsabilidad derivada de tal condición.

**Cooperativas de viviendas. Caracterización tras la entrada en vigor de la LOE.**—A partir de la nueva regulación, plasmada en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, la intencionalidad lucrativa como característica del promotor a efectos de su responsabilidad como agente de la construcción debe entenderse abandonada. El concepto de promotor se amplía en los artículos 9.3 y 17.4 de la norma citada: aquel incluye en el concepto de promotor a «cualquier persona física o jurídica, pública o privada, que, individual o colectivamente, decide, impulsa, programa y financia, con recursos propios o ajenos, las obras de edificación para sí o para su posterior enajenación, entrega o concesión a terceros para cualquier título»; el artículo 17.4 LOE, por su parte, extiende la responsabilidad del promotor «a las personas físicas o jurídicas que, a tenor del contrato o de su intervención decisoria en la promoción actúan como tales promotores bajo la forma de promotor o gestor de cooperativas o de comunidades de propietarios y otras figuras análogas». (**STS de 13 de diciembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda interpuesta por la respresentación de una comunidad de propietarios frente a, entre otros, una Mutualidad de Previsión Social a Prima Fija, sobre ejercicio de acción resarcitoria por ruina. La Audiencia revocó la sentencia de instancia que había estimado la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada. El Alto Tribunal estima el recurso de casación interpuesto por la cooperativa. (*B. F. G.*)

**36. Contrato de obra. El promotor responde de los vicios de la edificación incluso cuando están perfectamente delimitadas las responsabilidades y aun cuando la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo.**—En el segundo, invoca la infracción del artículo 1591 CC y de la doctrina jurisprudencial al respecto, porque ha sido condenada solidariamente con la constructora y el aparejador, a reparar los vicios de la fachada cuando es posible individualizar la responsabilidad de los agentes intervinientes, a los que contrató para una correcta ejecución de la obra. El motivo no puede aceptarse. Como señala la STS de 16 de marzo de 2006, la atribución de responsabilidad al promotor por los vicios o defectos ruinógenos de la edificación ha sido ampliamente examinada por esta Sala que tiene establecido que aunque el promotor-vendedor no hubiera asumido tareas de constructor, no por esto en los supuestos del artículo 1591 CC, está exento de toda responsabilidad, ya que la doctrina jurisprudencial, al haber incorporado la figura del promotor inmobiliario al ámbito de los responsables que por desfase histórico no contempla el artículo 1591 CC, no ha dicho que sólo su responsabilidad proceda cuando se declara la del constructor, pues se puede apreciar 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 (SSTS de 2 de diciembre de 1994, 30 de diciembre de 1998, 12 de marzo y 13 de octubre de 1999 y 11 de diciembre de 2003), señalando la S de 27 de septiembre de 2004 que el promotor tiene una eficaz y decisiva intervención en el proceso edificativo, intervención que es continuada y parte desde la adquisición del solar y cumplimiento de trámites administrativos y urbanísticos para la edificación hasta llegar a presentar en el mercado un producto que debe ser correcto (STS de 21 de marzo de 1996), lo que impone actividades de elección y contratación de técnicos y constructores idóneos, actividades que permiten su inclusión en el artículo 1591 CC (SSTS 8 pues los derechos de los adquirentes no decaen ni resultan desamparados por el hecho de no haber contratado con los constructores, o por el hecho de no haber puesto reparos en el momento de la recepción de las viviendas o locales ya que sus relaciones son exclusivamente con el promotor que es quien lleva a cabo las obras con destino al tráfico y en su beneficio, lo que contribuye a que los compradores confíen en su prestigio profesional. Pero, es que, además, estos criterios de jurisprudencia han sido incorporados a la Ley de Ordenación de la Edificación en la que el promotor figura como uno más de los agentes que la misma refiere, y si no fuera por la declaración inicial contenida en el artículo 17, relativo a que «las personas físicas o jurídicas que intervienen en el proceso de edificación responderán frente a los propietarios y adquirentes de los edificios...», se podría decir que la Ley constituye al promotor en responsable exclusivo de los defectos constructivos, o lo que es igual, en garante de la calidad del producto final elaborado. El promotor, dice el artículo 17.3, responde solidariamente, «en todo caso» con los demás agentes intervinientes ante los posibles adquirentes de los daños materiales en el edificio ocasionado por vicios o defectos de construcción. Significa que responde aun cuanto estén perfectamente delimitadas las responsabilidades y la causa de los daños sea imputable a otro de los agentes del proceso constructivo, pues otra interpretación no resulta de esas palabras «en todo caso» que señala la norma con la que se pretende unir a responsables contractuales con extracontractuales o legales y con la que se establece la irrenunciabilidad de la misma (SSTS de 24 de mayo y 29 de noviembre de 2007).

**La existencia de ruina a los efectos del artículo 1591 CC precisa una doble apreciación: fáctica y jurídica, correspondiendo la apreciación de esta última al juzgador de instancia.**—La existencia de ruina, a los efectos del artículo 1591 CC, precisa una doble apreciación: una, de índole fáctica, que consiste en la fijación de los hechos y circunstancias que integran el defecto constructivo, incluida la entidad o gravedad del mismo, y otra, de índole jurídica, que consiste en la calificación de aquella base fáctica como constitutiva de ruina, en alguna de las modalidades que la jurisprudencia admite como tal: física, potencial o funcional. Para la primera apreciación es preciso tener en cuenta las alegaciones de las partes y los medios de prueba, pues se trata de una cuestión de hecho, cuya fijación corresponde al juzgador de instancia, y que, por consiguiente, no puede ser sometida a la revisión casacional, salvo mediante la denuncia de error de derecho en la valoración de la prueba, con invocación de las normas reguladoras de la misma que se consideren infringidas. La segunda, en cambio, es una cuestión jurídica, que incumbe exclusivamente a los órganos jurisdiccionales en consideración a los defectos acreditados por las pruebas practicadas, y puede impugnarse por vulneración del reiterado artículo 1591 CC y de la jurisprudencia que lo

interpreta (SSTS de 22 de junio de 2006, 26 de marzo y 10 de septiembre de 2007). Pues bien, el error que se denuncia en el motivo supone que la sentencia ha quebrantado el artículo 1591, como efecto de una equivocada consideración de lo que se debe entenderse como ruina y, en consecuencia, parte de la errónea calificación y aplicación jurídica que debe darse a la norma a partir de los hechos que declara probados, de los que extrae la conclusión, no combatida en el recurso (pese a la cita de la prueba del pleito en los antecedentes del recurso, incluida la de reconocimiento judicial), de que la totalidad de la fachada del edificio se halla afectada por la falta de heladicidad de los ladrillos y de que (aceptando los de la de instancia) merma considerablemente su utilidad, y es evidente que permaneciendo incólume estos hechos, no es posible mantener una conclusión distinta respecto de lo que ahora se interesa sobre el carácter simplemente puntual o residual de los defectos apuntados y, consecuentemente, sobre los plazos de garantía y prescripción tenidos en cuenta en la sentencia puesto que los daños aparecen sometidos al régimen legal del artículo 1591, y no a otro distinto.

**La indemnización por los defectos de la construcción debe comprender todo lo necesario para lograr la indemnidad del acreedor perjudicado.**—El segundo motivo alega infracción de los artículos 1106 y 1902, los dos del CC, y se refiere a la condena que la sentencia le impone de reparar toda la fachada del edificio cuando, dice, no hay en el pleito ninguna justificación de una reposición completa de la totalidad de los ladrillos. Se desestima. En primer lugar, el artículo 1106 se vincula al artículo 1591 y no al 1902 CC. En segundo lugar, todo lo referente a la existencia y valoración de los daños comporta un aspecto fáctico atribuido a la competencia del Tribunal sentenciador, sólo impugnabile por error de hecho o de derecho en la apreciación de la prueba (SSTS de 31 de mayo de 1944, 10 de enero de 1979). En tercer lugar la entidad del resarcimiento (según lo proclama el artículo 1106 CC), presupuesto el evento perjudicial y la conducta sancionable, abarca a todo el menoscabo económico sufrido por el acreedor consistente en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre comprendiendo en su plenitud las consecuencias del acto lesivo (SSTS de 10 de enero de 1979, 2 de abril de 1997), no existiendo en nuestro Derecho positivo principios generales rectores de la indemnización de daños y perjuicios, vacío que autoriza a interpretar que el concepto de reparación, tanto en la esfera contractual como en la extracontractual, se dirige a lograr la indemnidad, que es el único designio de la norma (STS de 2 de abril de 1997). Finalmente, la reparación que se impone a los demandados satisface este principio de indemnidad, sin dar lugar a ninguna situación de enriquecimiento injusto, y así resulta de la prueba que valora la sentencia a resultados de la cual se impone la completa sustitución de la fachada. **(STS de 13 de marzo de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—El promotor y el constructor de un inmueble recurren en casación contra la sentencia que, confirmando la de primera instancia, les condena a reparar a su costa la fachada del edificio, que se había construido con ladrillos de calidad inferior a la que requiere la *lex artis* y a la ofrecida, que hablaba de materiales «de primera calidad». El Alto Tribunal declara no haber lugar al recurso. (M. C. B.)



**37. Contrato de arrendamiento de obra. Responsabilidad por ruina. Litisconsorcio pasivo necesario. Legitimación pasiva del promotor. Compatibilidad de las acciones de los artículos 1101 y 1591 CC.**—El Tribunal Supremo, tras afirmar lo defectuoso de la articulación del motivo que llevaría a su desestimación, no da lugar a la excepción de litisconsorcio pasivo acudiendo al artículo 12.2 LEC y a la doctrina jurisprudencial, que cita, según la cual si los vicios ruinosos no son imputables individualmente a los intervinientes en el proceso de construcción, la responsabilidad de los mismos es solidaria lo que excluye que deban ser llamados todos ellos al pleito (art. 1141 del CC), sin perjuicio de las acciones que correspondan entre unos y otros, citando muy especialmente la STS de 6 de mayo de 2004. Citando muy especialmente la doctrina sentada por la S de la Sala de 27 de enero de 1999, el Tribunal Supremo señala que la justificación de que el promotor vendedor resulte pasivamente legitimado se deriva del cumplimiento de sus propias obligaciones como vendedor que le imponen la entrega de la cosa sin ningún vicio. Entrando ya en el fondo del asunto, sostiene, frente a la argumentación del 2.º motivo, que la acción de responsabilidad derivada del incumplimiento del contrato ex artículo 1101 CC no es incompatible con la acción de responsabilidad decenal ex artículo 1591 del mismo, señalando además que ambas resultan acumulables y que si se ejercitan simultáneamente, la alegación de la responsabilidad decenal inutiliza necesariamente la alegación de responsabilidad por incumplimiento del artículo 1101 CC, concluyendo que la responsabilidad del promotor se ajusta al artículo 1591 CC. **(STS de 11 de febrero de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Por la comunidad de propietarios y un grupo de comuneros se ejercita acción de cumplimiento de contrato de obras por existencia de vicios ruinosos contra las mercantiles González, S.A. en concepto de promotora vendedora y Hermanos SL en concepto de constructora, basados en los artículos 1101 y 1591 CC así como jurisprudencia que los interpreta solicitando que sean condenadas solidariamente a ejecutar a su costa las obras de reparación y cuantos trabajos sean precisos.

El Juzgado de Primera Instancia tras desestimar las excepciones alegadas estimó íntegramente la demanda por sentencia en la que condeno solidariamente a las demandadas y contra la que se interpuso recurso de apelación solo por la demandada Gonzalez S.A. por entender que como promotora vendedora no era responsable de los vicios ruinosos (excepción de falta de legitimación pasiva), que los responsables no habían sido traídos todos al pleito (excepción de litisconsorcio pasivo necesario) y que se había aplicado indebidamente el artículo 1101 CC en vez del artículo 1591 del mismo cuerpo legal. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación y confirmó la sentencia del Juzgado. Se interpuso recurso de casación basado en dos motivos (infracción del artículo 24 CE y de la doctrina jurisprudencial sobre el litisconsorcio pasivo necesario; infracción del artículo 1591 CC), todos ellos desestimados. (C. S. R.)

**38. Contrato de arrendamiento de obra. Venta a terceros de pisos sobre plano. Falta de legitimación pasiva de la promotora. Cuentas en participación: responsabilidad del partícipe. Responsabilidad solidaria de los técnicos por ruina.**—En cuanto a la falta de legitimación pasiva de la promotora fundada en la infracción del artículo 242 CCO, afirma el Tribunal Supremo que tal alegación se ve contradicha por el hecho de ser ambas promotoras titulares al 50% del solar sobre el que se construyó, haber suscrito ambas los contratos de venta incumplidos y por encontrarse admitido por la Sala (Sentencia de 4 de julio de 1980) que en el contrato de cuentas en participación la responsabilidad del cuenta partícipe será solidaria con el gestor cuando se involucre en las gestiones del mismo, aplicando análogicamente el artículo 148.1 CCO en materia de socios comanditarios. En cuanto a la inaplicación de los artículos 1254 y 1257 CC, la Sala reitera su doctrina sobre la imposibilidad de considerar vulnerados en casación preceptos tan genéricos respecto de los que no pueda conocerse en que consiste la infracción.

En cuanto a la inaplicación del artículo 1591 CC por la sentencia de la Audiencia, la Sala analiza conjuntamente los motivos tercero y cuarto, estimándolos. El Tribunal Supremo no acepta los argumentos de la instancia en cuanto a la exoneración de responsabilidad del arquitecto proyectista y de los arquitectos técnicos señalando como causas, que en los mismos autos constan como probados, tanto las diferencias entre lo proyectado y lo construido, como la existencia de numerosos vicios y defectos demostrativos de una ruina funcional de lo edificado. En relación con la responsabilidad de los arquitectos y con especial mención de la S de 3 de abril de 2000 así como de otras muchas que cita, declara que es doctrina de la Sala que la responsabilidad de los arquitectos se centra en la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra por lo que deben desplegar una especial diligencia como directores superiores de la misma (obligación legal), respondiendo de si la ejecución se ajusta o no a lo proyectado y que no tratándose de meras imperfecciones sino de vicios que afectan a elementos esenciales de lo construido no se puede exonerar al arquitecto en su condición de responsable creador del edificio.

En cuanto a la responsabilidad de los arquitectos técnicos se refiere y con cita especial de la STS de 18 de diciembre de 1999 y de otras que señala, mantiene que debe declararse también la responsabilidad de los mismos en cuanto asumen la función de colaboradores especializados y las actividades de inspeccionar, controlar y ordenar la buena ejecución de la obra les vienen impuestas por la Ley siendo los profesionales que deben mantener más contactos directos, asiduos e inmediatos con el proceso constructivo. Manteniendo la ya consolidada doctrina de la Sala para estos supuestos, afirma la responsabilidad solidaria de promotores, constructores y profesionales cuando siendo varios agentes los responsables de la ruina funcional de lo edificado resulta imposible determinar la participación de cada uno de ellos en la misma con el fin de apreciar con mayor rigor la responsabilidad de los profesionales de la construcción y conseguir la adecuada reparación a favor del perjudicado (STS de 4 de diciembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Las mercantiles URB, S.L. y ACT S.L. (promotoras) eran propietarias al 50% de un solar sito en Sarracin. Ambas, actuando bajo la forma de cuentas en participación, encargaron a la mercantil CONS, S.L. la construcción de 16 viviendas unifamilia-

res según el proyecto de ejecución del arquitecto D. M, actuando como arquitectos técnicos D.R y D. A. Ambas promotoras procedieron a vender a terceros sobre plano, las viviendas proyectadas comprometiéndose a la entrega para el mes de diciembre de 1996. Ya durante la ejecución de las obras los compradores observaron que las mismas no se ajustaban al proyecto del arquitecto, así como que no se respetaba la memoria de calidades y se incurría en graves defectos y vicios en la construcción de las viviendas que se entregaron con retraso los meses de julio, agosto y septiembre de 1997. Algunos compradores demandaron en juicio de menor cuantía a las promotoras, constructora y los tres técnicos referidos, solicitando que se condenara solidariamente a las primeras, a cumplir las obligaciones derivadas de los contratos de compra, a indemnizar a algunos de ellos por el retraso en la entrega y a reparar los defectos y vicios de las construcciones, solicitando también subsidiariamente que de apreciarse responsabilidades de la constructora y los tres técnicos, se les condenara solidariamente con las promotoras a las mismas peticiones que a estas.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia por la que tras desestimar la excepción de falta de legitimación pasiva propuesta por la promotora ACTIVIDADES, S.L., estimó sustancialmente la demanda condenando a los demandados a las peticiones de la demanda. Apelada por todos los demandados, la Audiencia Provincial dictó sentencia por la que estimando en parte los recursos interpuestos, revocó la de primera instancia, dictando otra en la que se absolvía de las peticiones de la demanda al arquitecto y los dos arquitectos técnicos y se condenaba, tras desestimar la excepción de legitimación pasiva antes referida, solidariamente a las dos promotoras al cumplimiento de los contratos de compraventa así como a estas y a la constructora, solidariamente, a pagar las indemnizaciones por mora y a reparar los vicios de construcción que se señalaban.

Contra esta sentencia recurren en casación bajo una misma representación, la promotora ACT y la constructora CONS alegando cuatro motivos (infracción del artículo 242 CCO; inaplicación de los artículos 1254 y 1257 CC; infracción del artículo 1591 e infracción de la jurisprudencia sobre el artículo 1591), estimando el Tribunal Supremo los dos últimos. (C. S. R.)

**39. Contrato de obra. Siendo la responsabilidad por los vicios solidaria, no opera la excepción de litis consorcio pasivo necesario, sin perjuicio de que los condenados puedan reclamar en vía de regreso contra quienes consideren corresponsables de los vicios.**—En lo tocante a la figura procesal del litisconsorcio pasivo necesario hay que partir del principio fundamental, de acuerdo con el que cada cual es libre de obrar como crea dentro del ámbito de la Ley y nadie puede ser constreñido a proponer una demanda que no quiere proponer o a proponerla contra quien no quiere. Otro principio es el la utilidad práctica, de modo que cuando puede haber una pluralidad de sujetos, es posible actuar sólo contra uno de ellos. Por tanto, el fundamento del litisconsorcio pasivo necesario se «halla en la necesidad de preservar el principio de audiencia, evitando la indefensión, de manera que no sea pro-

nunciada una resolución que afectaría a persona no demandada, e incomparecida en el debate [...]» (S de 22 febrero de 2007. Ver asimismo las de 9 de marzo de 2007 y las allí citadas). Los recurrentes parten de la base de que ha concurrido más de una persona a causar el daño y que, por tanto, debería haberse demandado también a otros sujetos junto con aquellos contra quienes se ha dirigido la demanda, pero ello no se puede producir en el caso presente en que, como consecuencia de la naturaleza solidaria de la obligación de indemnizar, la actora cumplió dirigiendo la demanda contra quien consideraba que le había causado el daño (S de 26 de abril de 2007 y las allí citadas), de acuerdo con los principios antes reseñados. Por tanto, no concurre la excepción alegada, porque las responsabilidades atribuidas en el informe pericial a los aparejadores no excluyen en ningún caso la de los arquitectos y tratándose de responsabilidad solidaria, es el demandante quien elige a quien demandar, sin perjuicio de las correspondientes acciones de regreso que deben ventilarse en otro procedimiento y que no afectan al perjudicado.

**Las causas de recusación del perito no pueden surgir una vez se haya realizado el dictamen pericial que, por otra parte, no vincula al juez, que debe valorarlo conjuntamente con el resto de las pruebas practicadas.**—La causa de recusación alegada surge una vez elaborado el dictamen y por una cuestión imputable exclusivamente a la parte que ahora recurre y aunque el artículo 619 LEC admite que pueden existir causas de recusación posteriores al nombramiento del perito, no prevé que estas surjan una vez se haya realizado el dictamen pericial, ya que el artículo 620.2 LEC establecía que el escrito de recusación debía presentarse «antes del día señalado para dar principio al reconocimiento», lo que no ha ocurrido en el actual litigio. Admitir la recusación tal como la proponen los recurrentes implicaría el nombramiento de un nuevo perito, con la retroacción de las actuaciones al momento de la insaculación, lo que obviamente carece de razón de ser en el presente litigio y no existe ninguna razón para ello, cuando en el acto de la insaculación, las partes estuvieron de acuerdo en el nombrado. Por tanto, no presentada la causa en el momento procesal adecuado, no puede prosperar la alegada por los recurrentes, que de aceptarse, implicaría el nombramiento de un nuevo perito, lo que no tiene otra razón de ser que la intención de dilatar el procedimiento. Aparte las anteriores consideraciones, debe recordarse a los recurrentes que no han demostrado qué parte o partes del dictamen estarían afectados, en su caso, por la pretendida parcialidad, lo que no han efectuado en ningún momento, ya que, además tuvieron ocasión de discutirlo en el acto de la ratificación como efectivamente hicieron. Además, no debe olvidarse que la prueba pericial no es automática, es decir, no obliga directamente al Juez, quien debe valorarla en conjunto con toda la prueba producida, según dispone el artículo 632 LEC y es doctrina constante de esta Sala (STS de 17 de noviembre de 2006 y las allí citadas), que es lo que ha ocurrido en el presente procedimiento.

**El artículo 1591 CC impone dos plazos distintos: el período de garantía o en el que deben manifestarse los vicios ruínógenos, que es de diez años y el de ejercicio de la acción de responsabilidad, que es de quince.**—A pesar de la mala presentación formal del recurso, debe entenderse que siguen los recurrentes insistiendo en la cuestión de la prescripción e intentando confundirla con el período de garantía del artículo 1591 CC, a la vez que pretenden que se revise la prueba pericial. Constituye una doctrina constante de esta Sala, que se ha aplicado correctamente en la sentencia recurrida, la que entiende que debe distinguirse en el artículo 1591 CC el plazo de

la garantía de diez años y el de responsabilidad de quince años, por aplicación del artículo 1964 CC. Sólo por recordar esta doctrina, repetiremos aquí que el plazo de garantía es «aquel durante el cual ha de tener lugar la ruina para poder reclamar *ex* artículo 1591», mientras que el plazo de quince años para poder reclamar de acuerdo con el artículo 1964 CC, empieza a correr desde que se manifestó la mencionada ruina (STS, entre muchas otras, de 17 septiembre 1996, 28 diciembre 1998, 8 octubre 2001, 20 julio 2002, 23 mayo 2005).

En el presente recurso, se demandó correctamente dentro del plazo previsto en el artículo 1964 CC, porque la ruina se manifestó, según los hechos probados en la sentencia ahora recurrida, en el período de los diez años del plazo de garantía «ya se compute el mismo desde la fecha de los certificados finales de obra (21 de enero y 10 de junio de 1983), ya desde las fechas de las actas de recepción provisional y definitiva de las obras (1 de julio de 1983 y 12 de agosto de 1985) [...]». Por otra parte, como ya se ha señalado, la parte recurrente pretende que se revise la prueba pericial, lo que no es aceptable en esta instancia, dada la libre apreciación de la prueba por el juzgador, como ya se ha señalado en el F. 3.º de esta sentencia. **(STS de 13 de diciembre de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Apreciados defectos de importancia en varios edificios construidos para una cooperativa, ésta demanda a la empresa constructora y a los arquitectos, solicitando la reparación de los mismos. El Juzgado de Primera Instancia, desestimando las excepciones alegadas por los demandados y entrando a conocer del fondo del asunto, estima la demanda de la parte actora, en un pronunciamiento sólo parcialmente revocado por la Audiencia Provincial, que elimina la condena a sustituir la cubierta invertida, manteniendo el resto de los pronunciamientos. Interpuestos sendos recursos de casación contra la sentencia de apelación, ambos son desestimados por el Tribunal Supremo. (*L. F. R. S.*)

**40. Contrato de obra. Siendo la responsabilidad por los vicios solidaria, no opera la excepción de *litis* consorcio pasivo necesario.**—La falta de estimación de la excepción litisconsorcial, que incluso esta Sala puede hacerlo de oficio según reiterada jurisprudencia, no puede acogerse respecto a la llamada a juicio del otro aparejador, pues ha de tenerse en cuenta que su responsabilidad es solidaria con la del recurrente (S de 20 de noviembre de 1998), por lo que el acreedor puede demandar a cualquiera de ellos (art. 1144). Este criterio ha sido recogido en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (art. 17.7).

Igualmente es innecesaria la llamada a juicio del que proyectó las instalaciones en los garajes y en la edificación. Son las mismas accesorias y subordinadas al proyecto principal, por lo que el autor del mismo las hace suyas si las aprueba, además de que la presunta responsabilidad no tiene encaje en el artículo 1591 CC, ni en la sentencia que se recurre se condena a los demandados por tales vicios.

Otra cosa es la llamada a juicio a la empresa constructora, pues los vicios cuya responsabilidad se ventila son de construcción, y así ha quedado probado plenamente, achacándose unas veces al aparejador demandado en exclusi-

va, y otras al mismo y a los arquitectos directores de la obra, en su carácter de tales directores.

La cuestión antedicha hubiera quedado solucionada aplicando la DA 7.<sup>a</sup> de la citada Ley de Ordenación de la Edificación. Pero al haberse promovido este pleito con anterioridad a su vigencia por hechos también anteriores, ha de aplicarse la jurisprudencia de esta Sala, según la cual en estos procesos no se trata de averiguar quién o quiénes fueron los causantes de los vicios ruinógenos, sino si lo son los demandados a los que el actor ha traído al proceso por el principio dispositivo imperante en él y por estimarlos como los autores (SS de 28 de diciembre de 1990, 17 de marzo de 1993, 27 de junio de 1994 y 18 de diciembre de 2001), sin que la sentencia pueda prejuzgar las responsabilidades de los demás concurrentes (SS de 29 de noviembre de 2002 y las que en ellas se citan, en un supuesto en que no se había demandado al arquitecto director de obra ni a la empresa constructora). Tales responsabilidades habrán de ser dilucidadas por los autores de los daños entre sí.

Por todo ello el motivo se desestima.

**El Tribunal Supremo aplica la doctrina de la solidaridad en materia de vicios ruinógenos prescindiendo de la fuente de las obligaciones de cada persona responsable.**—La doctrina de la solidaridad la aplica esta Sala en materia de vicios ruinógenos prescindiendo de la fuente de las obligaciones de cada persona responsable: basta que no se pueda concretar sus efectivas responsabilidades cuando concurren a la producción del daño, presentándose la condena solidaria como último remedio (SS de 20 de abril de 1992, 9 de diciembre de 1993, 9 de marzo de 2000 y 27 de junio de 2002). Por todo ello el motivo se desestima.

**La infracción de preceptos de rango infralegal no fundamenta el recurso de casación.**—Sólo se citan normas de Decretos que por sí mismas no pueden dar lugar a motivo casacional, a menos que su cita vaya acompañada de la Ley que los sustenta, pues el recurso de casación procede únicamente cuando se ha infringido la misma, no cualquier otra norma de distinto rango en la jerarquía de fuentes del ordenamiento jurídico (SS de 20 de febrero, 25 y 26 de abril y 20 de junio de 2002).

**El cometido profesional del arquitecto director de una obra se extiende a la confección del proyecto y a la inspección y control del ajuste de la obra al mismo.**—Circunscrito el motivo a infracción de la jurisprudencia de esta Sala, se muestra totalmente vago o indeterminado, pues la sentencia recurrida no ha desconocido la diferenciación entre las competencias de los arquitectos superiores y aparejadores, prueba de ello es que ha condenado a unos u otros en exclusiva cuando el vicio podía atribuirse a la negligencia en el desempeño de su labor, y a dichos profesionales solidariamente cuando no era posible, teniendo en cuenta que los arquitectos superiores recurrentes, demandados en su día, eran no sólo autores de los proyectos sino también directores de obra. Ha dicho la S de esta Sala de 22 de diciembre de 2006: «La función de superior dirección que corresponde al arquitecto implica según la jurisprudencia la obligación de vigilar que la obra se desarrolla con arreglo al proyecto y esta función de vigilancia incluye la de fiscalizar la adecuada ejecución de la obra, también en cuanto a los materiales empleados y a su correcta colocación, responsabilidad de la que únicamente puede eximirse haciendo constar en el libro de órdenes aquellos defectos que suponen una separación respecto del proyecto elaborado y justificando haber ordenado y fiscalizado su corrección; «En efecto, según reiteradamente declara la jurisprudencia, corresponde al

arquitecto, encargado de la obra por imperativo legal, la superior dirección de la misma y el deber de vigilar su ejecución de acuerdo con lo proyectado, y está obligado a dejar constancia en el libro de órdenes de las que haya impartido, tanto al constructor como a los demás técnicos intervinientes, que están sujetos a su estricto cumplimiento, de suerte que no basta con reflejar la irregularidades que aprecie sino que ha de comprobar su rectificación o subsanación antes de emitir la certificación final aprobatoria de la obra, único medio de garantizar que los dueños o posteriores adquirentes no resulten sorprendidos o defraudados en sus derechos contractuales (entre otras, SSTS de 16 de marzo de 1984, 5 de junio de 1986, 9 de marzo de 1988, 7 de noviembre de 1989, 19 de noviembre de 1996, 29 de diciembre de 1998, 3 de abril de 2000, 25 de octubre de 2004, 26 de mayo y 10 de octubre de 2005). Esta doctrina aparece ratificada por la jurisprudencia más reciente. Las SSTS de 5 de abril, 24 de mayo y 24 de julio de 2006, por ejemplo, la reproducen; «Según las STS de 15 de noviembre de 2005, que sigue la doctrina sentada en la de 24 de febrero de 1997, el cometido profesional del arquitecto director de una obra no queda reducido a la confección del proyecto, sino que comprende también inspeccionar y controlar si la ejecución de la obra se ajusta o no a él y, en caso contrario, dar las oportunas órdenes de corrección. No son, concluye la sentencia, imputables al arquitecto los defectos de ejecución o los incumplimientos que no exceden de simples imperfecciones. Sí lo son, según las SSTS de 29 de diciembre de 1998 y 5 de abril de 2001, por culpa *in vigilando* [en vigilancia], las deficiencias en labor constructiva fácilmente perceptibles». Por todo ello el motivo se desestima.

**El arquitecto no responde de vicios puramente constructivos o fuera de proyecto.**—El informe pericial se limita a señalar los vicios de la obra, pero excediendo de la función encomendada al perito, manifiesta a quienes son imputables los vicios. Este último extremo no obliga al juzgador en virtud del citado artículo 632 LEC, pero no hay ninguna norma que prohíba que haga suyo el juicio del perito. Por ello, el que la sentencia haya acogido los criterios de imputación de los vicios que obran en el susodicho informe pericial no es causa para casarla.

Otra cosa es que aquellos criterios sean o no acertados. De acuerdo con la doctrina de la S de 22 de diciembre de 2006 recogida en el examen del motivo anterior, la Sala entiende que no son de responsabilidad de los recurrentes los vicios de electricidad y alumbrado, en remates de paño de fachada sin ladrillo y drenaje de jardín, defectos de piscina y pistas de paddle. Son defectos puramente constructivos o fuera de proyecto. **(STS de 3 de diciembre de 2007;** no ha lugar a uno de los recursos; ha lugar al otro.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.]

**HECHOS.**—La sentencia del Juzgado condena a la sociedad constructora y al aparejador por defectos en la ejecución de la obra, condenándolos solidariamente a realizar su reparación. La sentencia de apelación confirma la del Juzgado en cuanto a esta condena, haciéndola extensiva a los arquitectos superiores y al arquitecto técnico, respecto de algunos de los vicios que presenta la edificación. Los condenados interponen sendos recursos de casación, uno de los cuales es desestimado por el Alto Tribunal y el otro parcialmente admitido. (*L. F. R. S.*)

**41. Contrato de obra. El defecto de litisconsorcio pasivo necesario puede ser subsanado mediante el emplazamiento de los que debieron tener intervención en el proceso, para lo que resulta medio procesal adecuado la llamada comparecencia intermedia del artículo 693 LEC.**—Por indefensión debe entenderse la privación efectiva o material de medios de defensa suficiente para lesionar el derecho a la tutela judicial efectiva. No es suficiente que se haya producido una infracción formal de normas procesales si la parte no justifica que la expresada infracción ha llevado consigo una indefensión material.

En el caso examinado la parte recurrente no acredita que las personas físicas que fueron emplazadas como consecuencia de lo acordado a raíz de la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 693 LEC se hayan visto privadas de medios de defensa y no consta que así sea, por cuanto fueron debidamente emplazadas, contestaron a la demanda, propusieron prueba e intervinieron en todos los trámites procesales.

Tampoco respecto de la entidad recurrente, que resultó absuelta en primera instancia y en apelación, se justifica indefensión alguna por el hecho de que fueran emplazadas dos personas físicas inicialmente no demandadas.

Para que exista vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE (también invocado) es menester que se produzca una indefensión de carácter material, pues el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que el principio de efectividad que informa este derecho constitucional postula dicha interpretación del concepto de indefensión.

Aun cuando no concurriera este defecto insalvable, el motivo no podría ser estimado, pues la parte demandada invocó en la comparecencia la falta de litisconsorcio pasivo necesario, y, desde esta perspectiva procesal, por ella suscitada, no cabe impugnar la decisión del Juzgado de ordenar el nuevo emplazamiento. La jurisprudencia declara que el defecto de litisconsorcio pasivo necesario puede ser subsanado mediante el emplazamiento de los que debieron tener intervención en el proceso, para lo que resulta medio procesal adecuado la llamada comparecencia intermedia del artículo 693 LEC, con la finalidad de tutela del artículo 13.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 24 CE (SSTS de 14 de mayo de 1992, 18 de marzo y 7 de octubre de 1993, 7 de julio de 1995, 22 de diciembre de 2006 rec. 269/2000 y 13 de julio de 2006, rec. 4214/1999). Esto determina que las actuaciones habrán de retrotraerse al momento procesal de la comparecencia prevista en el artículo 693 LEC para los juicios de menor cuantía (SSTS de 21 de julio de 1991, 24 de junio de 1992 y 5 de diciembre de 2000) e imposibilita resolver, en tanto no se salve el obstáculo procesal, el fondo del asunto, haya sido o no alegada la excepción (SSTS de 13 de diciembre de 2003, 23 de junio de 2004 y 27 de diciembre de 2004).

**La apreciación de la concurrencia de circunstancias excepcionales para justificar la falta de condena en costas corresponde a la apreciación del tribunal de instancia y no puede revisarse en casación si está suficientemente motivada.**—La jurisprudencia tiene reiteradamente declarado que la apreciación de la concurrencia de circunstancias excepcionales para justificar la falta de condena en costas corresponde a la apreciación del tribunal de instancia y no puede, en consecuencia, ser objeto de revisión en casación si aparece suficientemente motivada (SSTS 4 de marzo de 1997, 1 de octubre de 1997, 13 de febrero de 2006, 22 de septiembre de 2006, rec. 4865/1999, 22 de mayo de 2007, rec. 2372/2000).



En el caso examinado la sentencia de primera instancia justifica suficientemente la falta de imposición de las costas argumentando la dificultad existente para la determinación de los sujetos responsables de los defectos constructivos por los cuales se reclama. No se advierte, en suma, que la sentencia de apelación incurra en la infracción que se le imputa, pues, aunque no contiene un razonamiento directo sobre esta cuestión, acepta expresamente los fundamentos de la sentencia de primera instancia recurrida en la que se razona expresamente sobre este extremo.

**La concurrencia de distintos responsables de los defectos constructivos no comporta la existencia de litisconsorcio pasivo necesario entre ellos.**—El artículo 1591 CC, acorde con la diferenciación de tareas profesionales, distingue la ruina por vicio de la construcción y la ruina por vicio del suelo o de la dirección, atribuyendo en el primer supuesto la responsabilidad por los daños y perjuicios al constructor y en el segundo al arquitecto (SSTS de 12 de noviembre de 1970, 21 de diciembre de 1981, 15 de julio de 1983, 8 de junio de 1984, 16 de junio de 1984, 31 de enero de 1985, 1 de mayo de 1986 y 17 de junio de 1987, entre otras). Sólo cuando el suceso dañoso ha sido producido por una acción plural, sin que pueda apreciarse la proporción en que cada uno de los factores ha influido en la ruina producida por la conjunción de causas, de modo que resulte imposible discernir las específicas responsabilidades de técnico y contratista en el resultado y consecuencias de la obra defectuosa, habrá lugar a la condena solidaria de los intervinientes en la edificación (STS de 17 de febrero de 1986 y 27 octubre de 1987, entre otras). Esta Sala tiene reiteradamente declarado que la concurrencia de distintos responsables de los defectos constructivos por los que se reclama no comporta la existencia de litisconsorcio pasivo necesario entre ellos; pues, en caso de existir solidaridad, la demanda puede ser dirigida contra cualquiera de los deudores solidarios; y, en caso de no existir ese vínculo por estar suficientemente determinadas las responsabilidades, cada agente deberá responder de los daños a él imputables y no es menester demandarlos a todos, pues el que haya sido demandado, en caso de no ser responsable, podrá oponer su falta de legitimación pasiva (SSTS de 15 de octubre de 1996, 22 de marzo de 1997, 23 de diciembre de 1999, 4 de noviembre de 2000, 18 de diciembre de 2001, 29 de noviembre de 2002, 2 de abril de 2003, 6 de mayo de 2003, 18 de junio de 2003, 6 de mayo de 2004, 23 de mayo de 2005, 8 de mayo de 2006, 6 de octubre de 2006, rec. 4372/1999, 15 de diciembre de 2006, rec. 5238/1999, 18 de diciembre de 2006, rec. 428/2000, 27 de enero de 2006, 7 de septiembre de 2006, rec. 4442/1999).

**Un demandado no puede solicitar mediante el recurso de casación la condena de otro codemandado.**—La parte recurrente trata en este motivo de demostrar la responsabilidad de los aparejadores y sostiene que debieron ser condenados en lugar de los promotores; pero este proceder es incompatible con la jurisprudencia cuando declara que un demandado no puede solicitar mediante el recurso de casación la condena de otro codemandado (SSTS de 27 de febrero y 11 de diciembre de 2003, 22 de junio y 27 de septiembre de 2004, 19 de mayo de 2005, 13 de junio de 2006, rec. 3420/1999, 9 de febrero de 2007, rec. 1265/2000).

La responsabilidad de los condenados como promotores-constructores depende únicamente de que en ellos concurren los requisitos necesarios para su existencia, a los que este motivo no se refiere, pues en él pretende extraer-

se directamente de la responsabilidad de los aparejadores la inexistencia de responsabilidad para los promotores.

Según la jurisprudencia el promotor es agente de la edificación. Esto lo sitúa en la posición que ahora consagra la Ley de Ordenación de la Edificación (art. 9 y concordantes) y lo equipara al constructor a efectos de la responsabilidad decenal del artículo 1591 CC (SSTS de 21 de junio de 1999, 30 de septiembre de 1991, 8 de octubre de 1990, entre otras). Su tratamiento como agente de la edificación se justifica por su intervención decisiva, por el hecho de que la obra se realiza en su beneficio, y por el hecho de que es él quien contrata y elige a los técnicos, cosa, entre otros motivos, que lo convierte en garante de una correcta construcción (SSTS de 1 de octubre de 1991, 28 de enero de 1994, 23 de septiembre y 13 de octubre de 1999, etc.). Incluso cabe su condena sin que realice ningún acto de edificación (SSTS de 3 de julio y 23 de septiembre de 1999, 13 de mayo de 2002).

**La doctrina de los propios actos es una manifestación del principio general de buena fe en sentido objetivo, recogido en el artículo 7.1 CC.** La sentencia recurrida hace referencia a la disposición de los demandados a efectuar las reparaciones como índice de la admisión de su responsabilidad. Esta apreciación, entendida de modo absoluto, no sería admisible. No cabe reconducir esta actitud de los recurrentes a la prohibición de *venire contra factum* [actuar contra los hechos propios], que es una manifestación del principio general de buena fe, en sentido objetivo, recogida con carácter general en el artículo 7.1 CC. Este precepto debe interpretarse como una referencia, en el ejercicio de los derechos subjetivos, al estándar de comportamiento que impone un deber de coherencia en el tráfico e impide defraudar la confianza que fundadamente se genera en los demás. No se cumplen aquí los requisitos reiteradamente señalados por la jurisprudencia, en numerosísimas sentencias (SSTS, entre otras, de 24 de mayo de 2001, 9 de mayo de 2000, 30 de enero de 1999, 28 de enero de 2000, 25 de octubre de 2000, 27 de febrero y 16 de abril de 2001, 25 de enero y 5 de julio de 2002, 14 de octubre de 2005, rec. 1264/1999, 28 de octubre de 2005, rec. 1194/1999, 16 de enero de 2006, rec. 1542/1999, 14 de julio de 2006, rec. 4227/1999). El primero de ellos es que los actos propios sean inequívocos, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna una determinada situación que afecte jurídicamente a su autor. El segundo, que exista una incompatibilidad o contradicción según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta precedente. En el caso examinado, la atención prestada a la reclamación no es incompatible con la falta de reconocimiento de responsabilidad, pues puede explicarse por el deseo de mantener las buenas relaciones contractuales entre promotores y adquirentes. Esto, sin embargo, no puede determinar la estimación del motivo, pues el argumento al que se refiere tiene un carácter secundario y auxiliar respecto de los argumentos principales, decisivos y determinantes de la conclusión obtenida, que se cifran en que de la valoración de la prueba se deduce que los demandados, como promotores-constructores, incurrieron en una omisión de su obligación de coordinar los trabajos entre los distintos oficios intervinientes, causando los defectos constructivos.

**La valoración de la prueba no puede ser revisada en casación, salvo si fue manifestamente ilógica o arbitraria.**—El recurso de casación no permite, salvo el caso de que se demuestre haber existido una valoración manifestamente ilógica o arbitraria de la prueba, pedir la revisión de ésta, que es lo que la parte implícitamente solicita al discrepar de las conclusiones obtenidas por la sentencia de instancia, según la cual los defectos advertidos, sin

distinción, son responsabilidad de los demandados recurrentes, quienes asumieron la coordinación de la ejecución de las obras como profesionales de la construcción, «[d]e modo que es clara la extensión de responsabilidad de los recurrentes a todos y cada uno de los capítulos defectuosos explicados». En suma, como declara la jurisprudencia, la mera alegación del artículo 1591 CC no puede amparar una reconsideración total del sustrato fáctico del litigio (SSTS de 25 de marzo y 18 de junio de 2004 y 26 de marzo de 2007, rec. 2127/2000). **(STS de 14 de diciembre de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El Presidente de una comunidad de propietarios, actuando en nombre y representación de la misma, demanda a la sociedad limitada a la que estima promotora del edificio, solicitando la reparación de los vicios constructivos que éste presentaba. En primera instancia se advierte la falta de legitimación pasiva de la demandada, de la que formaban parte los auténticos promotores, que lo eran como personas físicas. Subsanao el defecto procesal por el cauce oportuno, los demandados son condenados en ambas instancias e interponen el recurso de casación al que el Alto Tribunal declara no haber lugar. (*L. F. R. S.*)

**42. Contrato de arrendamiento de obras. Retraso en la entrega y aumento de obra; aplicación de cláusula penal.**—Alegado por la actora recurrente que la cláusula penal pactada había devenido inaplicable al modificar las partes el plazo de entrega de la obra operando así una novación modificativa, el Tribunal Supremo, tras analizar que existe vicio de inadmisión y desestimación tanto por acumular preceptos heterogéneos como por pretender revisar la valoración de la prueba realizada en la instancia, lo desestima citando especialmente la STS de 27 de febrero de 2002, pues no existía pacto expreso de las partes en este sentido, la adición de nueva obra a la proyectada inicialmente no era importante y no existía incompatibilidad entre la aplicación de la cláusula penal y la concesión de un mayor plazo siempre que se descuenta en la liquidación de la pena el mayor tiempo concedido como resulta el caso.

Alegado por la recurrente, como segundo motivo, que la demandada no podía exigir la pena sin cumplir al tiempo con su obligación de devolver la fianza pues se trataría de obligaciones recíprocas, que permiten alegar la *exceptio non adimpleti contractus*, el Tribunal Supremo lo desestima al entender que la sanción responde a una demora producida cuando la promotora no estaba obligada a cumplir su obligación de recepcionar y pagar definitivamente la obra.

En cuanto al resto de los motivos que alegan la inaplicación o aplicación indebida de determinados preceptos los resuelve el Tribunal Supremo desestimándolos, bien por haberse aplicado por la Audiencia en interés del recurrente, bien porque se basan en afirmaciones incorrectas. **(STS de 5 de diciembre de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—La mercantil NORIEGA, como constructora, demanda en juicio ordinario de menor cuantía a la mercantil ESTUDIO, como promotora, tanto el otorgamiento del acta de recepción

final de la obra consistente en la construcción de 48 viviendas unifamiliares en Jaén, como la devolución de las retenciones (5%) practicadas por la promotora en el momento de emisión de las certificaciones parciales de obra y que ascendían a la cantidad de 29.149.872 pesetas, incrementadas con los intereses legales desde el requerimiento notarial de 30 de abril de 1998 o alternativamente desde el emplazamiento o subsidiariamente desde la fecha de la sentencia. Ambas partes habían pactado una cláusula penal para el supuesto de retraso en la entrega de la obra (30 de abril de 1997) conviniendo en un momento determinado el aumento de la obra proyectada por lo que la demandada ESTUDIO alegó que no venía obligada a otorgar acta de recepción definitiva pues aún no se habían resuelto las deficiencias detectada en la obra ejecutada y no debía nada en concepto de retenciones pues tales cantidades quedaban compensadas con aquellas derivadas, entre otras, de la aplicación de la cláusula penal. Esta última alegación se entendió como reconvencción implícita procediéndose en consecuencia.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimando parcialmente la demanda y condenando a la demandada ESTUDIO a otorgar el acta de recepción definitiva de la obra al considerar probado que las deficiencias que originaron el inicial retraso habían quedado solventadas el 29 de abril de 1998 y a pagar a la demandante la cantidad de 8.836.860 pesetas que devengaría el interés del artículo 921 LEC, señalando que solo cabía compensar la cantidad de 19.625.000 pesetas devengada como pena o sanción por la mora del constructor. Recurrida la sentencia de instancia por ambas partes la Audiencia Provincial desestimó íntegramente el recurso interpuesto por la demandada, estimando parcialmente el recurso de la demandante NORIEGA quien había planteado la inaplicabilidad de la cláusula penal y subsidiariamente la moderación en la aplicación de la misma, extremo este estimado por la Audiencia que redujo en un 20% la pena compensable.

Se interpuso recurso de casación por la demandante NORIEGA basado en cinco motivos (inaplicación de los arts. 1203.1, 1255 y 1282 CC; infracción por inaplicación de los arts. 1152.2.º, 1091 y 1100 CC; indebida aplicación del art. 1154 CC, inaplicación del art. 921 LEC e infracción del art. 710 LEC), todos ellos desestimados. (C. S. R.)

**43. Contrato de obra. La concurrencia de los requisitos necesarios para que prospere la acción directa del artículo 1597 CC y, en concreto, de la existencia o no del crédito reclamado, es cuestión de hecho que compete al tribunal *a quo* y que queda excluida de la casación.**—La acción directa en el contrato de obra es la que corresponde al subcontratista frente al dueño de la obra, hasta la cantidad que éste adeude al contratista cuando se hace la reclamación, tal como dispone el artículo 1597 del CC (STS de 4 de noviembre de 2004).

Los presupuestos para el ejercicio de esta acción directa son los siguientes: a) que el contratista principal haya concertado la ejecución de la obra de tal forma que su crédito futuro sea cierto y esté determinado en el contrato principal de la obra; b) que quienes ponen su trabajo y materiales en la obra

sean acreedores del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa; c) que el acreedor directo haya constituido en mora al contratista principal; d) que el comitente sea deudor del contratista principal en el momento del ejercicio de la acción directa; e) que, si el acreedor directo es el subcontratista de obra, el comitente haya prestado su autorización para que el contratista principal pueda en su propio nombre, y por su propia cuenta, pero en interés de ambos, subcontratar la ejecución de todo o parte de la obra principal.

La aplicación del artículo 1597 exige la existencia de un crédito de los que ponen el trabajo o los materiales, nacido precisamente de la prestación del trabajo o los servicios en la obra o de los suministros de materiales para la obra y, en el caso del debate, no ha sido probada la presencia de ese crédito.

Por otra parte, constituye reiterada posición jurisprudencial, aplicable al supuesto litigioso, la relativa a que el artículo 1597 faculta para interponer la acción directa derivada del mismo a quienes ponen su trabajo y materiales en la obra contra el dueño de ésta, es decir, el comitente, siempre que el crédito, que fundamenta la pretensión, exista, y, en principio, resulte exigible, pues se precisa la demostración de la realidad de crédito, y aunque la doctrina entiende que no debe exigirse a la actora una prueba plena y completa, ya que ello podría ser un impedimento insalvable para la efectividad del precepto, en el caso de autos ni siquiera se ha aportado un mínimo elemento acreditativo sobre este particular (por todas, STS de 10 de marzo de 1997); asimismo, ha sido declarado por esta Sala (SSTS de 30 de junio de 1920 y 5 de junio de 1928) que es cuestión puramente de hecho la determinación de la existencia y cuantía del crédito del contratista y subcontratista contra el comitente, por lo que esta materia queda a la apreciación del Tribunal *a quo* y, por tanto, excluida de la casación (STS de 29 de abril de 1991 y, en igual sentido, STS de 31 de diciembre de 2002). **(STS de 12 de febrero de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—Celebrado un contrato de obra entre dos grandes empresas para la construcción de dos silos, la contratista subcontrata con una tercera sociedad la nivelación y cimentación de los terrenos. Ante el impago de la contratista, la subcontratista pide a la sociedad comitente la retención de cantidades debidas a la que debía ejecutar la obra, y acaba demandando a la comitente en ejercicio de la acción directa del artículo 1597 CC el precio de los trabajos efectuados. Las dos sentencias de instancia desestiman las pretensiones de la actora, fundándose en que no se ha acreditado la existencia del crédito de la contratista contra la comitente, presupuesto necesario para que prospere la acción directa ejercitada. El recurso de casación es también desestimado. (*M. C. B.*)

**44. Contrato de ejecución de obra pública. La jurisdicción competente para conocer de las vicisitudes en el cumplimiento de un contrato de obra pública es la civil.**—No se trata de determinar en este caso si concurrió o no responsabilidad patrimonial de la Administración local por las consecuencias de la obra, cuyas derivaciones son ahora objeto de este litigio, sino de aplicar las reglas del contrato de obra, que numerosa jurisprudencia de esta Sala ha considerado que se rige por las normas civiles. Así la S de 18 de julio de 2002, en un supuesto en que se había demandado al Ayuntamiento

dueño de la obra, dice que «la jurisdicción competente es la civil, porque el contrato de obra tiene naturaleza jurídica intrínsecamente de Derecho civil, la entidad pública que contrata actúa como persona jurídica de derecho civil y, en todo caso, el pago del precio del contrato de obra es de naturaleza puramente civil»; lo mismo se afirma en la S de 24 de enero de 2006, que con cita de sentencias anteriores, señala que «la acción ejercitada contra la Administración del Estado, es la acción directa que prevé el artículo 1597 CC, y en la demanda se ha ejercitado la acción con el subcontratante Dragados basada en el subcontrato de obra y la acción directa contra el dueño de la obra que es el Estado; ambas acciones tienen la misma causa, que es el subcontrato de obra, de naturaleza civil y pretender que se ejercite la acción contra aquélla en la jurisdicción civil y la acción directa contra éste en la jurisdicción contencioso-administrativa sería tanto como dividir la contingencia de la causa» (ver asimismo STS de 12 mayo 1994, citada en la sentencia reproducida y las allí mencionadas). A ello debe añadirse que no se trata en este litigio de reclamar la responsabilidad patrimonial del Ayuntamiento dueño de la obra, sino de la incidencia del cumplimiento de un contrato de obra, en el que la jurisprudencia de esta Sala es constante en admitir la propia competencia.

**Está legitimado para interponer la acción directa el que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo, material o también como subcontratista, siempre que quede pendiente la realización de algún pago por parte del dueño de la obra o del contratista, según los casos.**—Desde una ya antigua S de 29 de junio de 1936, esta Sala ha venido reconociendo la acción directa a quienes ponen su trabajo, «sin distinción ni de clase, ni de concepto, ni de calidad, y por ello gramaticalmente incluye a quienes trabajan, sin singularizar que lo realicen manualmente o en otra forma, ni la modalidad de su retribución», lo que incluye asimismo a quienes la sentencia, en terminología de aquel momento, denomina «subempresarios», quien está también legitimado para reclamar porque su exclusión no está justificada «[...] si realiza su trabajo manual conjuntamente con otros jornaleros que haya contratado» y esta exclusión «haría posible, contra toda justicia, el enriquecimiento del dueño de la obra a costa de aquél». Esta sentencia fijó un principio que ha sido seguido de forma generalizada por la jurisprudencia de esta Sala en sentencias más modernas. Así la de 6 de junio de 2000, recogiendo en parte la doctrina de la de 2 de julio de 1997, pone de relieve la necesidad de interpretar dicho artículo de forma que contemple la realidad económica actual, muy distinta de la de 1889 y señala que «el tercero a quien el artículo 1597 CC explícitamente concede la acción directa es a los terceros que ponen su trabajo y materiales. Se interpreta como tercero que interviene en el contrato de obra poniendo trabajo, material o también como subcontratista». Esta doctrina ha sido ratificada por las SS de 27 de julio de 2000, 31 de enero de 2002, 19 de abril de 2004 y 10 de marzo de 2005, entre otras. Ello ha llevado también a la doctrina de esta Sala a declarar de forma taxativa que no se aplica en este caso el principio formulado en el artículo 1257 CC, que aquí se considera también como infringido. La S de 27 de julio de 2000 afirma que «no cabe estimar que se pueda producir infracción del principio de relatividad del contrato consagrado en el artículo 1257 CC, porque la norma del artículo 1597, constituye una excepción al mismo. Así se concibió originariamente para atenuar el rigor de la eficacia relativa de los contratos, con basamento en la equidad, y así lo viene entendiendo la doctrina de esta Sala». A esta sentencia deben añadirse las SS de 29 de octubre de 1987, 15 de marzo

de 1990, 29 de abril de 1991, 22 de diciembre de 1992, 12 de mayo de 1994, 2 de julio de 1997, 6 de junio de 2000 y 19 de abril de 2004.

Finalmente y como requisito de la acción, se requiere que exista un crédito del contratista contra el dueño de la obra, de manera que es la cantidad que éste o el subcontratista deba al contratista, o primer subcontratista en este caso, lo que forma el contenido de la acción (STS de 2 de julio de 1997); sin embargo, la jurisprudencia de esta Sala ha venido considerando que puede ocurrir que la prueba resulte imposible para el demandante, que no conoce las relaciones entre el comitente y el contratista, de manera que exigir esta prueba podría convertir en ilusoria la acción directa después de haberle sido reconocida al subcontratista; por ello se invierte la carga de la prueba y es el dueño de la obra (o el contratista anterior) el que sufre las consecuencias de la falta de prueba de que ha pagado y, por tanto, de que no concurre este presupuesto (SSTS de 2 de julio de 1997, 28 de mayo de 1999, 6 de junio de 2000, 18 de julio de 2002 y 24 de enero de 2006).

**Para que opere el artículo 1597 CC se requiere que el demandado, sea dueño de la obra o contratista, deba alguna cantidad al otro eslabón en la cadena de contratos de obra.**—Lleva razón el recurrente al denunciar que se ha infringido el artículo 1597 CC, al constar la prueba de haber pagado al adjudicatario de la obra las certificaciones concretas y no quedar pendiente pago alguno en el momento en que se formula la reclamación. De acuerdo con lo que se ha argumentado en el F 4.º de esta sentencia, para que opere el artículo 1597 se requiere que el demandado, sea dueño de la obra o contratista, deba alguna cantidad al otro eslabón en la cadena de contratos de obra; la acción directa no puede dirigirse contra uno de los sucesivos contratistas o el dueño de la obra, como ocurre en este caso, cuando hayan cumplido ya sus obligaciones y hayan pagado en la totalidad la parte que le correspondía, simplemente porque no existe crédito que cobrar, que es el requisito exigido en el artículo 1597 CC para que tenga eficacia la acción directa. Por tanto, constando probado que el Ayuntamiento de Hospitalet del Infante y Vandellós había satisfecho las cantidades que debía según las certificaciones de obra que la adjudicataria de la misma le iba presentando, al no existir ya ningún crédito, no es deudor y por lo tanto, no puede reclamársele que pague a los subcontratistas lo que debería a la contratista, simplemente porque nada debe ya. **(STS de 12 de diciembre de 2007;** no ha lugar a uno de los recursos; ha lugar al otro.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Un Ayuntamiento adjudica la construcción de un instituto de enseñanza media a una sociedad italiana. Ésta cede el contrato a su filial española que, ejerciendo como contratista, subcontrata parte de la obra con una empresa constructora. Esta última, a su vez, adquiere materiales y suministros y vuelve a subcontratar con algunas empresas a las que no paga cantidad alguna. Estas últimas, además de proceder contra la empresa constructora que contrajo las deudas, reclaman el pago de sus créditos tanto al Ayuntamiento comitente, como a ambas empresas contratistas —la adjudicataria y su filial—, ejercitando contra ellos la acción directa del artículo 1597 CC. Habiendo sido estimada íntegramente la demanda tanto en primera como en segunda instancia, la sociedad adjudicataria y el Ayuntamiento comitente interponen sendos recursos de casación, siendo desestimado el de la primera y estimado el del segundo. (L. F. R. S.)

**45. Naturaleza de la relación contractual médico-paciente. Responsabilidad del médico.**—El primer motivo se dirige a combatir el pronunciamiento de la sentencia sobre la naturaleza de la relación contractual existente con su paciente, entendiéndose que se trata de un arrendamiento de servicios y no de obra y que lo que se garantiza no es el resultado sino la puesta a disposición de la paciente de los medios adecuados para obtenerlo. En su apoyo cita como norma del ordenamiento jurídico que considera infringida el artículo 1544 CC y reiterada jurisprudencia de esta Sala. El motivo se desestima. La distinción entre obligación de medios y de resultados («discutida obligación de medios y resultados», dice la STS de 29 de junio de 2007), no es posible en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se garantice incluso en los supuestos más próximos a la llamada medicina voluntaria que a la satisfactiva, cuya diferencia tampoco aparece muy clara en los hechos, sobre todo a partir de la asunción del derecho a la salud como bienestar en sus aspectos psíquico y social, y no sólo físico. La responsabilidad del profesional médico es de medios, y como tal no puede garantizar un resultado concreto. Obligación suya es poner a disposición del paciente los medios adecuados y, en particular, proporcionarle la información necesaria que le permita consentir o rechazar una determinada intervención. Los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas. Lo contrario supondría prescindir de la idea subjetiva de culpa, propia de nuestro sistema, para poner a su cargo una responsabilidad de naturaleza objetiva derivada del simple resultado alcanzado en la realización del acto médico, al margen de cualquier otra valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad y de la prueba de una actuación médica ajustada a la *lex artis*, cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan igual ante los tratamientos de que dispone la medicina actual. Las singularidades y particularidades, por tanto, de cada supuesto influyen de manera decisiva en la determinación de la regla aplicable al caso y de la responsabilidad consiguiente. En este sentido, la S de 22 de noviembre de 2007, analizando un supuesto de medicina voluntaria o satisfactiva, declara que «no comportan por sí la garantía del resultado perseguido, por lo que sólo se tomará en consideración la existencia de un aseguramiento del resultado por el médico a la paciente cuando resulte de la narración fáctica de la resolución recurrida (así se deduce de la evolución jurisprudencial, de la que son expresión las SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 7 de abril de 2004, 21 de octubre de 2005, 4 de octubre de 2006 y 23 de mayo de 2007)».

En el caso la relación jurídica entre demandante y demandado se produjo a partir de un contrato entre paciente y médico, consistente en subsanar la deficiencia restante en el maxilar superior izquierdo mediante la técnica de implantes óseo-integrados, con intervención quirúrgica bajo anestesia general, que tiene la naturaleza de contrato de obra, según define el artículo 1544 CC, como aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto, puesto que comprometió un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente, como declara probado la sentencia, captando su voluntad para



realizar un tratamiento que en principio, y conforme al deseo de la paciente iba a adecuarse a las pautas señaladas por el médico especialista en esta clase de actuaciones, que le había reconocido con anterioridad, y esta actuación deja al margen cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivar de la intervención médica para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no cumplimentado, y no los medios que se pusieron a disposición de la paciente, resulta suficiente para responsabilizar al facultativo del daño. (STS de 12 de marzo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—La actora demandó al médico estomatólogo y cirujano máxilofacial y a la aseguradora de éste. El facultativo le había asegurado que tras un trasplante de hueso en el maxilar superior sería posible implantarle cinco piezas dentarias, perdidos todos —hueso y piezas— en un accidente de tráfico. Pero no sólo no fue posible realizar el trasplante y los implantes previstos sino que, además, tras romper el médico la prótesis de la actora —manipulándola para su adaptación— no se la devolvió. A ello se unía la falta de información con la que la demandante se había sometido a la intervención. Por todo ello reclamaba indemnización por los daños y perjuicios sufridos más la correspondiente a los daños morales. El Juzgado estimó en parte la demanda y, absolviendo a la compañía de seguros, condenó al médico. Interpusieron médico y paciente sendos recursos de apelación y la Audiencia estimó en parte el de la actora lo que supuso la condena a los demandados en la instancia al abono solidario de una importante cantidad. Además de ello, se condenó al médico al abono de una suma notoriamente superior a la cantidad mencionada más intereses. No hubo lugar al recurso de casación promovido por el facultativo. (R. G. S.)

#### **46. Responsabilidad contractual del abogado: doctrina general.**

La relación contractual existente entre abogado y cliente se desenvuelve normalmente en el marco de un contrato de gestión que la jurisprudencia construye, de modo no totalmente satisfactorio, con elementos tomados del arrendamiento de servicios y del mandato. El cumplimiento de las obligaciones nacidas de un contrato debe ajustarse a la diligencia media razonablemente exigible según su naturaleza y circunstancias. El deber de defensa judicial debe ceñirse al respeto de la *lex artis*, aunque la jurisprudencia no ha formulado con pretensiones de exhaustividad una enumeración de los deberes que comprende el ejercicio de la actividad profesional del abogado. La jurisprudencia ha precisado que tratándose de una responsabilidad subjetiva de carácter contractual, la carga de la prueba de la falta de diligencia en la prestación profesional, del nexo de causalidad con el daño producido y de la existencia y alcance de éste corresponde a la parte que demanda la indemnización. El juicio de imputabilidad exige tener en cuenta que el deber de defensa no implica una obligación de resultado sino de medios, en el sentido de que no comporta como regla general la obligación de lograr una estimación o resolución favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues ésta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador. Este criterio impone exa-

minar si, como consecuencia del incumplimiento de las reglas del oficio, que debe resultar probada, se ha producido una disminución notable y cierta de las posibilidades de defensa de la parte suficientes para ser configuradas como una vulneración objetiva del derecho a la tutela judicial efectiva y por ello un daño resarcible en el marco del artículo 1101 CC.

**Frustración de una acción judicial: prueba.**—Cuando el daño por el que se exige responsabilidad consiste en la frustración de una acción judicial, el carácter instrumental que tiene el derecho a la tutela judicial efectiva determina que, en un contexto valorativo, el daño deba calificarse como patrimonial si el objeto de la acción frustrada tiene como finalidad la obtención de una ventaja de contenido económico, cosa que implica el deber de urdir un cálculo prospectivo de oportunidades de buen éxito de la acción frustrada, pues puede concurrir un daño patrimonial incierto por pérdida de oportunidades (así SSTs de 26 de enero de 1999, 8 de febrero de 2000, 8 de abril de 2003 y 30 de mayo de 2006); el daño por pérdida de oportunidades es hipotético y no puede dar lugar a indemnización cuando no hay una razonable certidumbre de la probabilidad del resultado, y exige demostrar que el perjudicado se encontraba en una situación fáctica o jurídica idóneas para realizarlas (STS de 27 de julio de 2006). Es menester que exista una relación de certeza objetiva entre el incumplimiento de su obligación por parte del profesional jurídico y la inadmisión o desestimación de las pretensiones formuladas en defensa de su cliente, como ocurre por ejemplo en los supuestos de falta de presentación de escritos en los plazos establecidos o de omisión de trámites exigidos como carga para hacer valer las respectivas pretensiones, o la omisión de algún concepto indemnizable con arreglo a la jurisprudencia consolidada, como es el caso del daño moral o del lucro cesante. Este criterio comporta inexistencia de responsabilidad cuando no logre probarse que la defensa del abogado se ha desempeñado por cauces incompatibles con la aplicación indiscutible de la ley, con la jurisprudencia consolidada o con la práctica reiterada de los tribunales —que debe ser conocida por los profesionales del Derecho— o con el respeto a la ley cuya interpretación no ofrezca dudas razonables según las pautas que puedan deducirse de la doctrina y de la jurisprudencia.

**Demanda ante jurisdicción laboral.**—Los actores imputan a sus letrados haber interpuesto una demanda laboral ordinaria cuando procedía interponer una demanda de despido, por tratarse de un supuesto de sucesión de empresas, respecto del cual, se alega, la jurisprudencia laboral declara que no cabe una acción declarativa independiente de la de despido, y considera que la frustración de la acción judicial tiene como causa ese proceder equivocado de los abogados. Pero esta Sala, en aplicación de la doctrina que acaba de exponerse, entiende que la conducta de los abogados no es susceptible de ser calificada como integrante de una infracción del deber de diligencia profesional, y debe entenderse que la parte recurrente no ha probado que la frustración de la acción judicial se debió a una actividad de los abogados contraria a un criterio establecido con solidez y no susceptible de apreciación o interpretación en sus aspectos jurídicos o fácticos en el ámbito doctrinal y jurisprudencial. (STS de 15 de febrero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

NOTA.—La sentencia desestimatoria argumenta, para enjuiciar una supuesta negligencia profesional ante la jurisdicción laboral, con base en una Resolución de la Junta de Gobierno del Colegio de

Abogados de Madrid, cuya fecha no se indica; y, asimismo, en no ser prueba suficiente el hecho de la inadmisión del recurso de casación para unificación de doctrina, dado el extremo rigor con que se valora aquélla, y también en la circunstancia de que la Sala de lo Social del Tribunal Supremo sólo valoró entonces el que las sentencias de contraste alegadas no abordaban directamente la inadecuación del procedimiento; por último, que un somero examen de la jurisprudencia social realizada por la resolución corrobora que no puede hablarse de la existencia de una solución indiscutible en virtud de la aplicación inconcusa de una jurisprudencia firme sobre el particular, con mención de la jurisprudencia social del Tribunal Supremo y de varios Tribunal Superior de Justicia. No parece pueda hablarse de auténtico *enfrentamiento* entre criterios interpretativos, respectivamente, de Salas distintas del Tribunal Supremo, si bien no deja de sorprender cierta crítica encubierta sobre algunos aspectos de la jurisprudencia de lo Social, relacionados con la acción interpuesta por el letrado demandado. (G.G.C.)

**47. Deberes del mandatario: rendición de cuentas.**—[...] la decisión no conculca el artículo 1720 del Código Civil, pues descartada la existencia de renuncia es precisamente este precepto en el que se apoya la Audiencia para apreciar el incumplimiento contractual de la recurrente y condenarla a abonar lo que le restaba de lo percibido por su gestión por cuenta de sus poderdantes, en consonancia con la doctrina que se refiere a dicha norma como un precepto que obliga a todo mandatario a «dar cuenta de sus operaciones y abonar al mandante cuanto haya recibido en virtud del mandato, aún cuando lo recibido no se debiera al poderdante». El deber impuesto al mandatario es un deber fundado en principios de moralidad y justicia, que no encuentra dispensa ni siquiera por el mero hecho de la existencia de relaciones familiares entre mandante y mandatario, como es el caso, ni aún cuando hubiera convivencia entre ellos (en este sentido, SS de 18 de marzo de 1953, 28 de octubre de 1969 y 13 de abril de 1995) y que, por tanto, sólo excepcionalmente puede desaparecer para el mandatario si media pacto expreso que le libere expresamente de su cumplimiento. Este criterio es mantenido por la jurisprudencia, entre otras muchas, en la S de 26 de enero de 2004 que afirma que «su sanción sólo cede si se pacta *ad hoc* esa no obligación de dar cuenta» y del mismo se hace eco la propia sentencia recurrida, al razonar en el F 1.º que la obligación de rendir cuentas es inherente a «todo tipo de operaciones verificadas al amparo de un apoderamiento», principio general que «sólo quiebra en determinados supuestos en los que, de forma clara, se exime al mandatario, renunciando el mandante a esa rendición».

**Requisitos de validez de la renuncia del derecho a exigir la rendición de cuentas por parte del mandante.**—Ninguna infracción se ha cometido del artículo 6.2 CC; ocurre que la tesis de la recurrente choca con la doctrina en torno a la renuncia de derechos. Partiendo del carácter bilateral del mandato, la eliminación de lo que constituye deber esencial del mandatario sólo es posible mediando pacto al respecto en el que una de las partes, el mandante, acepta prescindir voluntariamente del derecho que le reconoce la ley de exigir a otra, el mandatario, dar cuenta justificada de su gestión. Y entendido entonces el pacto exonerador antes referido como acto de renuncia de derechos, a fin de liberar de su deber al mandatario, es obvio que para que pueda

servir a tal finalidad, la renuncia, además de cumplir con las exigencias que menciona la recurrente, precisaría también que el derecho al que se refiere forme parte del patrimonio del renunciante, pues en puridad, el derecho no existe hasta que no se tiene, y sólo entonces resulta disponible para su titular, tal y como ha venido entendiéndolo esta Sala al respecto, por ejemplo, de la renuncia del arrendatario a su derecho de acceso a la propiedad (SS de 21 de marzo de 2007 y 11 de octubre de 2001), señalando expresamente la S de 2001 que «...el artículo 6.2 del CC,...actúa como delimitador del alcance de la renuncia de derechos», lo que «ha motivado la doctrina constante de esta Sala de Casación Civil que exige, para su eficacia jurídica, que ha de ser expresa y contundente, con manifestación indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, o deducida de actos o hechos de los que deduzca inequívocamente y sin ambigüedad alguna (SS de 5 de marzo, 3 de junio, 28 y 31 de octubre y 5 de diciembre de 1991, 14 de febrero de 1992, 31 de octubre de 1996 y 19 de diciembre de 1997)» pero además, «...al actuar la renuncia como dejación del derecho sobre el que se proyecta, resulta necesario que el derecho se hubiera incorporado al patrimonio del renunciante, en este caso el arrendatario, respecto al cual el retracto actúa como un derecho expectante, ya que su realización está supeditada a que se den las condiciones legales que posibilitan su ejercicio, es decir la transmisión del objeto de arriendo a un tercero –cambio de titularidad dominical y persona arrendadora– y es entonces cuando la renuncia sí resulta efectiva, al haber nacido el derecho, que queda así a la disponibilidad del arrendatario y de este modo no puede renunciar anticipadamente a un beneficio no surgido al tiempo de celebrarse el contrato (SS de 14 de noviembre de 1952 y 6 de mayo de 1955)», doctrina plenamente aplicable al caso de autos habida cuenta que, como acierta a decir la sentencia (F 1.º, «la obligación de rendir cuentas y el correlativo derecho a exigirlo, nace en el momento en que el mandato ha sido ejecutado», de modo que mientras no se ejecuta el encargo aquel derecho no es una realidad que haya nacido a la vida jurídica, lo cual resulta razonable desde la óptica de la propia finalidad del derecho a rendir cuentas, toda vez que el mandante sólo puede exigir cuenta justificada de lo hecho por su apoderado tras conocer los actos y operaciones que ha finiquitado determinantes, en su caso, de un saldo a su favor que sería objeto de liquidación. En conclusión, incluso en la hipótesis de admitir que los documentos 4 y 6 contenían la voluntad de los suscritores en el sentido de renunciar al derecho reconocido al mandante en el artículo 1720, es obvio que los límites legales que delimitan la disposición de los derechos propios, impiden extender la renuncia a actos pendientes de ejecutar por el mandatario. (STS de 25 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Lifián.]

HECHOS.–La recurrente en casación había sido demandada por su madre y su hermana quienes habían interesado su condena a rendir cuentas y abonar lo percibido con motivo de su gestión en cumplimiento de los mandatos conferidos al objeto de que vendiese tres fincas pertenecientes proindiviso a las mandantes. Sostuvo la demandada que había sido exonerada de la obligación de rendir cuentas y, por si eso no bastaba, que ya las había rendido dándose las mandantes por saldadas. El Juzgado absolvió a la mandataria pero la Audiencia revocó la sentencia inferior al rechazar el valor exonerador de los documentos que ésta aportó en apoyo de su tesis pues quedó probado que era la propia mandataria quien los había

escrito y que una de las mandantes carecía de la lucidez necesaria para emitir declaraciones de voluntad jurídicamente eficaces. No hubo lugar al recurso de casación. (R. G. S.)

**48. Accidentes de trabajo: responsabilidad civil del empresario: doctrina establecida por la Sala Primera en Pleno.**—La responsabilidad civil por accidentes de trabajo nace por incumplimiento de una obligación legal, porque la ley está determinando el contenido obligatorio del contrato de trabajo. La obligación de seguridad pertenece al ámbito estricto del contrato de trabajo, porque forma parte del contenido contractual al establecerlo el artículo 14 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: se trata de una obligación general de diligencia incorporada por ley al contenido del contrato de trabajo. Esta Sala, por tanto, fija la doctrina según la cual y en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 LOPJ, las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social.

**Muerte de obrero de empresa subcontratista: responsabilidad del Ingeniero técnico autor y director del proyecto, así como del dueño o promotor de la obra: *Vis atractiva* de la jurisdicción civil.**—Aunque la competencia debiera corresponder a la jurisdicción social por aplicación de la doctrina expuesta, el presente litigio presenta características especiales al haber sido demandadas conjuntamente con las empresas contratista y subcontratista, otras personas que no mantenían relación laboral con la víctima del accidente, tales como el Ingeniero técnico, condenado en la instancia no recurrente en casación, y el dueño de la obra, que sí lo ha hecho. Por ello debe descartarse la declaración de exceso de jurisdicción y en virtud de la *vis atractiva* de la jurisdicción civil, debe declararse la competencia de esta jurisdicción para conocer de la acción de responsabilidad interpuesta por la demandante por la muerte de su hijo; al no poder dividirse la causa, y esta *vis atractiva* afectará también a aquellas otras demandadas, una de las cuales es ahora recurrente, que ostentaban una relación laboral con el trabajador fallecido. Entrando en el fondo de la responsabilidad de la empresa subcontratista, empleadora del trabajador fallecido, debería estimarse su recurso porque en realidad no ha incurrido en responsabilidad extracontractual, sino que ha incumplido las obligaciones contractuales en relación a la falta de medidas de seguridad; pero no procede hacerlo aplicando la doctrina de la equivalencia de resultados, ya que esta Sala se ha declarado competente para conocer del presente concurso, y ha quedado demostrada la negligencia de la empresa subcontratista, y que el fallecido pertenecía a su plantilla, destacándose la ausencia del más elemental cuidado en orden a la adopción de medidas de seguridad para los trabajadores a su cargo.

**Cuantía de la indemnización.**—Nos encontramos ante una demanda de responsabilidad basada en la culpa del empresario de acuerdo con el artículo 1902 CC; por ello los criterios para la cuantificación del daño deben ser civiles, y esta Sala ha venido entendiendo que pueden ser utilizados los establecidos en los denominados *baremos* por vía de orientación (STS de 11 de noviembre de 2005), porque el único principio que ha de tener en cuenta el juzgador es el de indemnidad de la víctima (STS de 13 de junio de 2006), y ello sin perjuicio de que puedan tenerse en cuenta las cantidades que se hayan hecho efectivas al perjudicado en el ámbito laboral (SSTS de 8 de octubre de 2001 y 31 de diciembre de 2003).

**Responsabilidad del dueño de la obra.**—El hecho de haber iniciado la obra sin la correspondiente licencia, aparte de las sanciones de tipo administrativo que ello podría comportar, no permite imputar de forma objetiva al promotor la responsabilidad por el accidente causado, puesto que este comportamiento no es suficiente, por sí solo, para atribuirle la causalidad jurídica (STS de 15 de enero de 2008; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

NOTA.—Importante sentencia dictada por diez Magistrados de la Sala Primera con vistas a unificar la doctrina jurisprudencial en materia de responsabilidad por accidentes de trabajo. Como es habitual en casos similares, esta extensa resolución dedica los FD 3.º y 4.º a resumir las diversas etapas por las que ha discurrido la jurisprudencia: 1.ª) Naturaleza extracontractal (SSTS de 5 de enero de 1982 hasta la de 8 de noviembre de 1990; 2.ª) Años 1998-1999, durante los cuales intenta abrirse paso la dirección que entiende ser competencia laboral cuando la pretensión se basaba en el incumplimiento de normas laborales (SSTS de 24 y 26 de diciembre de 1997, y 10 de febrero y 20 de marzo de 1998; de acuerdo con el Auto de la Sala de Conflictos de 23 de diciembre de 1993; 3.ª) Vuelta al criterio tradicional por entender que el daño se produce fuera de la órbita de lo rigurosamente pactado en el ámbito del contrato de trabajo (así SSTS de 21 de marzo de 1997, 24 y 30 de noviembre y 18 de diciembre de 1998, 2 de marzo y 26 de mayo de 2000; 4.ª) visto el grado de desacuerdo y el punto de insatisfacción derivado, manteniendo el principio de reparación íntegra del daño, se hace la distinción de si la demanda se basa en la infracción exclusiva de normas laborales, en cuyo caso se declara la competencia de esta jurisdicción (SSTS de 6 de marzo, 4 de mayo y 28 de septiembre de 2006), mientras que si la demanda se basa inexorablemente en normas civiles declara la competencia de la jurisdicción de esta naturaleza; y 5.ª) La Sala Primera en pleno parece no seguir o ignorar la doctrina mantenido en los Autos dictados por la Sala de conflictos del Tribunal Supremo, que declaran siempre la competencia laboral, salvo que el accidente se vincule a una conducta del empleador ajena al contenido obligatorio del contrato de trabajo (Autos de 23 de diciembre de 1993, 4 de abril de 1994, 10 de junio de 1996 y 28 de febrero de 2007).

La importancia de esta sentencia puede valorarse en una doble perspectiva, la amplia o general pues se incardina en la reciente tarea acometida por dicha Sala de unificar la doctrina cuando han recaído interpretaciones contradictorias, y la particular que hace referencia al concreto caso enjuiciado. Bajo la segunda perspectiva hay que advertir que el Juzgado de Primera Instancia no entró en el fondo por entender competente a la jurisdicción laboral, mientras que la Audiencia Provincial asumió la competencia y, entrando en el fondo, estimó la demanda interpuesta por la madre de la víctima accidentada, reduciendo de 15 a 10 millones de pesetas la indemnización reclamada, condenando a todos los demandados. En realidad, la parte actora fundamentó su petición exclusivamente en la infracción del deber de seguridad en el trabajo, si bien amplió la demanda al Ingeniero técnico, así como a la entidad subcontratante

y a la empresa dueña de la obra; se trata de una lícita táctica procesal de implicar globalmente al mayor número de eventuales responsables, pero que en este caso ha enmarañado el proceso, pues la sentencia extractada reconoce que inicialmente la demanda debía haberse deferido a la jurisdicción laboral, aunque no se aplica en atención a la equivalencia de resultados (¿pero no hay cierta indefensión en los demandados?). Solución, a mi juicio, equitativa, sobre todo en atención a que el accidente se produjo en 1995.

La doctrina general coincide y ratifica la razonable vía media que propugnó la STS de 2 de octubre de 2001, que descarga sobre el actor el *onus* de fundamentar estrictamente la demanda, y obligará a una cuidadosa formulación de las reclamaciones ante los Tribunales civiles en esta materia. (G. G. C.)

#### **49. Reclamaciones por responsabilidad del empresario que deriva del incumplimiento del contrato de trabajo: jurisdicción competente.**—

La jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado oscilante en lo relativo a la competencia del orden jurisdiccional civil en materia de reclamaciones por accidentes de trabajo. De esta forma, pese a que, en un primer momento, se consideró que la responsabilidad del empresario por este tipo de daños debía tener naturaleza extracontractual por tratarse de un suceso que se encuentra «fuera de la rigurosa órbita de lo pactado» (entre otras, SSTS de 5 de julio de 1983, 21 de octubre de 1988 y 8 de noviembre de 1990), posteriormente parece asentarse una línea jurisprudencial que excluye la competencia de la jurisdicción civil cuando el fundamento de la pretensión de indemnización sea el incumplimiento de normas laborales (SSTS de 26 de diciembre de 1997, 10 de febrero y 20 de marzo de 1998); sin embargo, a partir de la sentencia de 13 de octubre de 1998 se vuelve al criterio tradicional de asumir la competencia. Finalmente, de acuerdo con la doctrina más reciente (concretamente, STS de 15 de enero de 2008), las reclamaciones por responsabilidad del empresario que sean consecuencia del incumplimiento del contrato de trabajo deben ser competencia de la jurisdicción social, porque el fundamento para imputar la responsabilidad en el ilícito laboral se halla en la infracción de una norma reguladora de esta materia. Por tanto, la jurisdicción civil sólo resultará competente, cuando el daño derive del incumplimiento de normas distintas a las que regulan el contenido de la relación laboral. (STS de 19 de febrero de 2008.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

**HECHOS.**—Don A. J. sufre un accidente laboral mientras trabaja provocado por la falta de adopción de las medidas de seguridad e higiene legal y reglamentariamente establecidas. Por ello, demanda a su empresa solicitando la correspondiente indemnización de daños y perjuicios. En apoyo de su demanda, además de normas laborales y de seguridad social, alega la infracción de las normas civiles reguladoras de la responsabilidad contractual y extracontractual. La empresa demandada, por su parte, alega la excepción de incompetencia de jurisdicción.

El Juzgado de Primera Instancia estima la demanda, rechazando así la excepción de incompetencia de jurisdicción. La sentencia de la Audiencia Provincial mantiene la desestimación de la excep-

ción opuesta. Finalmente, el Tribunal Supremo, tras estimar la incompetencia de la jurisdicción civil para el conocimiento del caso litigioso, declara la nulidad de todas las actuaciones procesales. (*M. C. C. M.*)

**50. Responsabilidad civil. Prueba de la relación de causalidad en caso de incendio.**—En los casos de incendio en edificios, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo considera suficientemente acreditada la relación de causalidad cuando existe un grado razonable de probabilidad cualificada, distinta de la certeza absoluta (entre otras, SSTS de 30 de noviembre de 2001, 29 de abril de 2002).

**Responsabilidad civil. Imputación objetiva en caso de incendio.**—La imputación objetiva en estos casos se basa en la generación de un peligro jurídicamente desaprobado y en el control que se ejerce por el demandado sobre las cosas que lo generan. Así, en caso de incendio en un inmueble, al perjudicado le corresponde probar la realidad del mismo y que se produjo en el ámbito de operatividad del demandado; en cambio, a quien tuvo la disponibilidad, contacto, control o vigilancia de la cosa en que se originó el incendio le corresponde acreditar la existencia de la actuación intencionada de terceros o de serios y fundados indicios de que la causa hubiera podido provenir de agentes externos (STS de 20 de mayo de 2005). (**STS de 15 de febrero de 2008**; no ha lugar al recurso de don C.; ha lugar al recurso de la comunidad hereditaria de don E.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.]

**HECHOS.**—Producido un incendio en un edificio, diversos propietarios y arrendatarios de las viviendas situadas en el mismo, así como la aseguradora contra incendios de la vivienda —subrogada por el abono de indemnizaciones a otros inquilinos—, interponen sendas demandas de indemnización de daños contra la empresa constructora que en aquel momento se encontraba realizando obras de reparación de uno de los pisos, así como contra el autor material de dichas reparaciones (don C.) e, incluso, en algunas de las demandas, contra el propietario de la vivienda objeto de la reparación (don E., tras cuyo fallecimiento su posición procesal es ocupada por sus herederos). Acordada la acumulación de los autos, todas las demandas son desestimadas en primera instancia.

Los demandantes interponen entonces recurso de apelación, que es estimado en parte, al considerarse probado que el origen del incendio se encontraba en la vivienda que estaba sufriendo las reformas y que la causa del fuego había sido un exceso de aplicación localizada del calor, resultado de la utilización de un soplete. Consiguientemente, se condena a don C., así como a don E., a la indemnización de las cantidades solicitadas y demás pedimentos contenidos en las demandas.

Interpuesto recurso de casación por los condenados, el Tribunal Supremo desestima íntegramente el recurso de don C. y estima en parte el de la comunidad hereditaria de don E., absolviéndola a ésta de la condena a indemnizar a dos de las demandantes, ya que en el escrito de demanda de las mismas no se incluía a don E. como demandado. (*A. M. M.*)



**51. Responsabilidad extracontractual. No es responsable de los daños causados por el espectáculo pirotécnico la contratista que manipulaba material fabricado y utilizado correctamente, sino sólo el Ayuntamiento que no adoptó las medidas de seguridad correcta para la prevención de accidentes.**—Así las cosas, la valoración de las conductas concurrentes en la actividad de riesgo que entraña la utilización de material pirotécnico, al objeto de atribuir, conforme a criterios objetivos, el daño ocasionado y hacer la correspondiente imputación de la responsabilidad, conduce a considerar que el resultado lesivo sólo puede ponerse a cargo de quien, en el marco de sus competencias —art. 25.2 a) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de Régimen Local—, y en el ejercicio de ellas, dejó de observar los deberes de vigilancia y cuidado que le eran normativamente exigibles, no habiendo promovido ni adoptado las medidas de seguridad que resultaban precisas para el desarrollo del espectáculo, en condiciones de total indemnidad para los asistentes, deberes que recaían en exclusiva sobre el Ayuntamiento, el cual, con esa omisión de los deberes consustanciales a la prestación de un servicio público —y tal condición ostenta la promoción y ejecución de los festejos populares, en el superior ámbito del fomento, promoción y desarrollo de la cultura [cfr. art. 25.2 m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril]—, permitiendo que los espectadores se situasen en un lugar que, por su proximidad al de lanzamiento de los cohetes, resultó a todas luces inadecuado, fue quien creó la situación de riesgo determinante del resultado lesivo, por encima del riesgo inherente a la manipulación y empleo de material pirotécnico por la empresa contratista codemandada, la cual, dada la correcta fabricación y utilización del material, no contribuyó, con relevancia causal, apreciada en términos de adecuación, al resultado dañoso, sin que le fuera exigible a esta última, ni la excitación de la correcta actuación de la Administración, ni el control sobre el cumplimiento de aquellos deberes de vigilancia y sobre la adopción de las necesarias medidas de seguridad, cuya debida y puntual observancia se ha de presumir en el adecuado ejercicio de las potestades administrativas. En consecuencia, no cabe apreciar la responsabilidad de la empresa de pirotecnia codemandada en la producción del daño sufrido por el actor, como tampoco cabe, consiguientemente, declarar la responsabilidad solidaria de la compañía aseguradora codemandada, al faltar el presupuesto de la producción del riesgo objeto del aseguramiento —la responsabilidad civil de la mercantil asegurada— que permite dirigir contra ella, con éxito, la acción directa prevista en el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro. **(STS de 20 de diciembre de 2007; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—Durante las fiestas locales, el Ayuntamiento de cierto municipio autoriza la instalación y ejecución de un artificio pirotécnico que, por su potencia, podía lanzar restos incandescentes hasta 100 metros de distancia o algo más, tras su explosión. En el evento resulta herido de gravedad en un ojo un espectador, que se hallaba a 115 metros de distancia de los fuegos artificiales. Según la normativa administrativa vigente, corresponde al Ayuntamiento establecer las medidas de seguridad necesarias para evitar accidentes y, en concreto, determinar a qué distancia mínima han de situarse los espectadores, en función del tipo y potencia del espectáculo autorizado. Ante las demandas interpuestas por el perjudicado contra el Ayuntamiento en cuestión, la empresa pirotécnica y la asegu-

radadora de ésta, el Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente los pedimentos, siendo confirmada la sentencia en grado de apelación. Las empresas condenadas interponen el recurso de casación, acogido por el Alto Tribunal al entender que la adopción y vigilancia de las medidas de seguridad concretas para cada caso son competencia exclusiva del Ayuntamiento y que el proceder de la contratista fue en todo caso correcto. (M. C. B.)

**52. Culpa extracontractual: accidente ferroviario: atropello de viajera al cruzar vías: incongruencia: doctrina general.**—Es jurisprudencia reiterada, proclamada hasta el cansancio, que no se produce incongruencia por el cambio de punto de vista del Tribunal respecto al mantenido por los interesados, siempre que se observe por aquél el absoluto respeto para los hechos que son los únicos elementos que pertenecen a la exclusiva disposición de las partes. El principio *iura novit curia* autoriza al juzgador, sin que ello implique incidir en incongruencia y siempre que se guarde respeto a los componentes fácticos, a emitir un juicio crítico y valorativo sobre los mismos, incluso aplicando normas no invocadas por las partes. Tal principio autoriza al Juez civil a aplicar las normas jurídicas que estime procedentes, así como modificar el fundamento jurídico en que se basan las pretensiones de las partes, habiendo declarado el Tribunal Constitucional en sentencia núm. 369/93, de 13 diciembre, que no está obligado a los razonamientos empleados por las partes. En definitiva, sólo es posible la incongruencia por alteración de la *causa petendi* y no por el cambio del punto de vista jurídico. Tal doctrina jurisprudencial está recogida hoy por el artículo 218.1 LEC 2000. En el presente caso la parte actora fundó su pretensión tanto en sede de responsabilidad extracontractual con cita de los artículos 1902 y 1903 CC, como por infracción de la contraparte de las obligaciones derivadas del contrato de transporte. Por ello no puede considerarse incongruente que la Audiencia Provincial haya recurrido a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, y ello con independencia de la bondad de tal solución.

**Concurrencia de culpas: inexistencia: culpa exclusiva de la víctima.** La Audiencia Provincial estimó parcialmente la demanda y redujo la cuantía de la indemnización a un tercio de lo reclamado al apreciar importante negligencia por parte de la víctima, pues en la estación donde se produjo el arrollamiento existían numerosas señales que indicaban la prohibición de cruce de las vías, y de indicación de la salida de la estación, y además el accidente se produjo en una recta de unos 500 metros de visibilidad, haciendo uso el tren tanto del silbato como del sistema de luces. Pero, entendió aquélla, que simultáneamente la RENFE incumplió las normas de policía a ella encomendadas, en el entendimiento de que no basta que se pongan carteles indicadores en la estación de salida y de la prohibición de cruzar las vías, toda vez que dichas obligaciones reglamentarias van más allá, debiendo proceder incluso a la imposición de su cumplimiento; a tal dejación de funciones se añade el hecho de mantener parte de la estación sin vallar lo que facilitaba que los pasajeros usaran de forma indebida la salida a través de las vías. Pero la Sala Primera no comparte tal apreciación.

**Doctrina general sobre objetivación de la culpa.**—Es reiterada la doctrina de esta Sala, recogida últimamente por STS de 19 de enero de 2007, según la cual la tendencia jurisprudencial hacia una objetivación de la culpa extracontractual, mediante los mecanismos de la inversión de la carga de la

prueba y de la teoría del riesgo, no excluyen de manera total y absoluta el esencial elemento psicológico o culpabilístico, como inexcusable ingrediente integrador, atenuado pero no suprimido, de la responsabilidad por culpa extracontractual, de tal modo que si de la prueba practicada, con inversión o sin ella, aparece plenamente acreditado que en la producción del resultado dañoso, por muy lamentable que sea, no intervino ninguna culpa por parte del demandado, ha de excluirse la responsabilidad del mismo. Asimismo, la STS de 12 de junio de 2001, establece que cualquier nexo causal entre la conducta del agente y el resultado dañoso se rompe y la responsabilidad por riesgo desaparece, en aquellos supuestos en que el evento lesivo se ha producido exclusivamente debido a la falta de diligencia de la víctima.

**Ausencia de negligencia por parte de la RENFE.**—La omisión negligente de ésta debe circunscribirse a la falta de adopción de las medidas necesarias para evitar los perjuicios previsibles, y, en el presente caso, consta que la demandada atendió tales exigencias, estando perfectamente señalizada tanto la dirección de la salida subterránea como la prohibición de cruzar las vías por los lugares no habilitados, habiendo cumplimentado todas las medidas de seguridad adecuadas tendentes a evitar el paso por lugares inadecuados; además, como previene la STS de 19 de enero de 2007, la inexistencia de vallas protectoras no puede generar, de por sí, la responsabilidad de la empresa ferroviaria, por cuanto se trata de una medida que no se ordena a evitar accidentes, y sin que a los usuarios del servicio ferroviario se les pueda imponer el cumplimiento de las medidas de seguridad pertinentes. **(STS de 5 de diciembre de 2007; ha lugar.)** [Ponente. Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Ruiz de la Cuesta.]

NOTA.—Es notorio que en la circulación de los trenes de cercanías en torno a las grandes urbes, que cumplen una importante función económico-social permitiendo que diariamente cientos de miles de trabajadores se trasladen desde la periferia de la capital al centro, y viceversa, se han originado y siguen originándose gran número de accidentes al cruzar muchas veces las vías los viajeros por lugar inadecuado. El accidente aquí enjuiciado ocurrió el 30 de julio de 1995, e ignoro si desde entonces RENFE ha mejorado sus medidas de seguridad y si la frecuencia de accidentes ha experimentado variaciones en uno u otro sentido. Esta sentencia parece que inclina la balanza a favor de la empresa ferroviaria estableciendo, a la vista de las medidas adoptadas la regla *sibi imputet* (por cierto, aparte de ser la víctima una mujer, se ignoran todos sus datos y circunstancias personales, su edad, estado civil y si padecía deficiencias auditivas o visuales, si era viajera habitual u ocasional, incluso su grado de instrucción; así como la hora del accidente y la fecha en que se produjo). Los accidentes mortales por cruzar indebidamente las vías pueden llegar a constituir —evidentemente— una cuestión de política general en la que aquí no cabe entrar. En los aspectos civiles hay, sin duda, una dimensión de educación general media del usuario, de conducta de la masa (¿no parece lógico que si todos o la mayoría de viajeros cruzaban en aquel momento las vías, parece más disculpable la conducta de la víctima?). Por otra parte, si la propia RENFE ha cuidado de la existencia de un paso a través de las vías ¿no había dado por supuesto que los viajeros lo utilizarían en algunas ocasiones? ¿*quid* si cuando el paso resulta, diga-

mos, inócuo, se produce cualquier otro daño al viajero? ¿responde, o no, la RENFE?; en las horas de mayor afluencia ¿no debieran personarse eventualmente empleados en los andenes para advertir del riesgo efectivo del cruce por el paso desaconsejado? ¿no habría que matizar esa afirmación de que RENFE no puede imponer *coercitivamente* el cruce por el paso subterráneo, además de limitarse a advertirlo de modo general, por anuncios y altavoces? En las nuevas estaciones ¿no se dan ya gran número de nuevos vetos y prohibiciones, que limitan, —a veces exageradamente—, la libertad del viajero, por ejemplo el acceso mismo a los trenes AVE? (G. G. C.)

### **53. Criterios de imputación al empresario de la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo.**—[...] hay que reconocer que la jurisprudencia de esta Sala no ha mantenido una postura uniforme sobre los criterios de imputación al empresario de la responsabilidad derivada de accidentes de trabajo. La S de 14 de diciembre de 2005 pone de relieve que «efectivamente,

no son pocas las sentencias que, [...] han aplicado criterios o tendencias objetivadoras a la denominada responsabilidad civil del empresario por accidente laboral. Es más, en alguna de aquéllas se apunta incluso un «nuevo principio de la responsabilidad por riesgo o sin culpa, que responde a las exigencias de nuestros tiempos» (STS de 17 de octubre de 2001); entre otras, y con base en la «protección de la víctima», se mantiene una presunción de culpa del empresario con el argumento de que, aunque cumpliera toda la normativa de prevención de riesgos laborales, el propio accidente habría demostrado su insuficiencia y por tanto la omisión de algún grado de diligencia (SSTS de 17 de julio y 24 de septiembre de 2002, 13 de febrero y 22 de abril de 2003 y 18 de junio de 2004); y en fin, en la de 29 de abril de 2004 se declara muy rotundamente que también en este ámbito de la responsabilidad civil la objetivación se acentúa cada vez más».

Sin embargo, esta tendencia ha sido rechazada por la jurisprudencia más reciente. Así, la propia S de 14 de diciembre de 2005 afirma «que frente a esa línea marcada por la objetivación existe otra, representada por un número muy considerable de sentencias, que rechaza muy decididamente la aplicabilidad en este ámbito de la responsabilidad por riesgo y exige la prueba tanto del nexo causal como de la culpa del empresario». Entre estas cita la propia sentencia las de 31 de marzo de 2003, 8 de octubre de 2001, 9 de julio y 6 de noviembre de 2001, 27 de mayo de 2003, 17 de diciembre de 2004 y 28 de octubre y 15 de noviembre de 2005. En definitiva, como afirma la S de 29 de septiembre de 2005, «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 del riesgo por esta Sala con un sentido limitativo (fuera de los supuestos legalmente prevenidos) no a todas las actividades de la vida, sino sólo a las que impliquen un riesgo considerablemente anormal en relación con los estándares medios [...]»; asimismo, S de 30 de mayo de 2007). La aplicación de la teoría del riesgo, en los casos en que proceda, no debe hacer olvidar que esta Sala ha negado reiteradamente que se haya sustituido la responsabilidad por culpa, convirtiéndose en objetiva. Esto sólo puede ser aplicable bien en aquellos casos en que este tipo de responsabilidad esté legalmente previsto (STS de 27 de enero de 1983) o cuando se trate de un riesgo extraordinario (STS de 29 de septiembre de 2005). La responsabilidad extracontractual responde al principio

de la culpa del autor del daño, no convirtiéndose en objetiva por la facilitación de la prueba, ya que como afirmaba la S de 27 de enero de 1987, si ello fuera así, «se caería en una responsabilidad por el resultado, propia de épocas primitivas, y que no puede por sí sola servir de base a aquella responsabilidad por creación de riesgos o peligros [...]». (STS de 7 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Un operario del servicio de recogida de basuras cayó del camión en el que trabajaba falleciendo a consecuencia del accidente. La viuda e hijos reclamaron a la empresa propietaria del camión indemnización por daños y perjuicios. El Juzgado consideró probados tanto la diligencia del conductor del camión como el cumplimiento de la normativa laboral por parte de la empresa. La Audiencia confirmó la sentencia de instancia. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar a ninguno de los recursos de casación interpuestos por los demandantes. (R. G. S)

**54. Culpa extracontractual: lesiones por resbalar en ducha de camping: doctrina jurisprudencial general sobre la responsabilidad por riesgo.**—La jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC (recientemente STS de 22 de febrero de 2007, y la jurisprudencia que cita), afirmando que es procedente prescindir, en términos generales, de una supuesta objetivación de la responsabilidad civil que no se adecua a los principios que informan su regulación positiva; en efecto, no ha aceptado con carácter general una inversión de la carga de la prueba, que en realidad envuelve una aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia, más que en los supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias personales o de otra índole. En los supuestos en que la causa que provoca el daño no supone un riesgo extraordinario, no procede una inversión de la carga de la prueba respecto de la culpabilidad en la producción de los daños ocasionados; debe excluirse como fuente autónoma de responsabilidad, y, por el contrario, aplicarlo como un criterio de imputación del daño al que lo padece, el riesgo general de la vida (STS de 5 de enero de 2006, con cita de las SSTS de 21 de octubre y 11 de noviembre de 2005), los pequeños riesgos que la vida obliga a soportar (STS de 2 de marzo de 2006, que también cita la última sentencia citada), o los riesgos no cualificados, pues hay riesgos en todas las actividades de la vida (SSTS de 17 de junio de 2003 y 31 de octubre de 2006). En relación con las caídas en edificios en régimen de propiedad horizontal o acaecidas en establecimientos comerciales, de hostelería o de ocio, muchas sentencias de esta Sala han declarado la responsabilidad de la comunidad de propietarios o de los titulares del negocio cuando es posible identificar un criterio atributivo de responsabilidad por omisión de medidas de vigilancia, mantenimiento, señalización, cuidado o precaución que debían considerarse exigibles; pueden citarse en este línea las SS de 1 de noviembre de 1997 (caída por carencia de pasamanos en una escalera), de 2 de octubre de 1997 (caída en una discoteca sin personal de seguridad), de 10 de diciembre de 2004 (caída en escaleras de gimnasio que no se encontraba en condiciones adecuadas; de 26 de mayo de 2004 (caída en unos aseos que no

habían sido limpiados de un vómito en el suelo), de 31 de marzo y 20 de junio de 2003 (caída en zona recién fregada de una cafetería no delimitada debidamente), de 12 de febrero de 2002 (caída durante banquete de bodas por la insuficiente protección de un desnivel considerable). En cambio, no puede apreciarse responsabilidad en los casos en los cuales la caída se debe a la distracción del perjudicado o se explica en el marco de los riesgos generales de la vida, por tratarse de un obstáculo que se encuentra dentro de la normalidad, o tiene carácter previsible para la víctima; así se ha rechazado en SSTS de 28 de abril y 14 de noviembre de 1997, y 30 de marzo de 2006 (caída en restaurante cuando el cliente se dirigía a los aseos por escalón que debía conocer), 2 de marzo de 2006 (persona que tropieza con manguera de servicios municipales de limpieza que no suponía un riesgo extraordinario y era manejado por empleados con prendas identificables), 17 de junio de 2003 (daño en la mano por puerta giratoria de hotel que no podía calificarse de elemento agravatorio de riesgo), SSTS de 10 de diciembre de 2002, y 6, 12 y 16 de febrero de 2003 (caídas en diversos edificios), 30 de octubre de 2002 (caída de la víctima sin causa aparente en un local), 11 de febrero de 2006 (caída en cafetería-restaurante por pérdida de equilibrio), 29 de noviembre de 2006 (caída en un bar), 22 de febrero de 2007 (caída en un mercado por hallarse el suelo mojado debido a la lluvia, y 30 de mayo de 2007 (caída a la salida de un supermercado).

**Defectos del recurso.**—En el presente caso no es posible proceder a la revisión del material probatorio sin indicar la norma de valoración de la prueba que se considera infringida, ni prescindir de los hechos que el tribunal de instancia sí consideró acreditados, como fueron la existencia de un piso antideslizante en las duchas, en una de las cuales tuvo lugar la caída, y la inclinación del plato de la ducha hacia el centro de la misma, donde se hallaba el sumidero, circunstancias relevantes de cara a efectuar el juicio de imputación subjetivo y objetivo de los daños sufridos, que conduce a excluir la responsabilidad de los demandados. A falta de tales elementos el daño se ha de imputar a quien lo ha padecido, como un resultado de los riesgos comunes, no extraordinarios ni cualificados de la vida, sino ordinarios y aceptados por la perjudicada, cuyas consecuencias han de ser puestas a su cargo (**STS de 17 de diciembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

NOTA.—Sentencia que puede calificarse de *pedagógica* sobre la responsabilidad por riesgo, ya que acierta a describir un marco conceptual bastante delimitado para esta modalidad de culpa extracontractual, de la que, ciertamente, se ha hecho abundante uso, —y aun abuso—, en épocas no lejanas, siendo de destacar la abundante casuística reciente que menciona, oportunamente clasificada. Muy útil tanto para el jurista teórico como práctico. (*G.G.C.*)

**55. Responsabilidad extracontractual. La responsabilidad objetiva que el artículo 1905 CC impone a los propietarios o poseedores de animales por los daños ocasionados por éstos, cede cuando el resultado dañoso es imputable a la culpa exclusiva de la víctima.**—En este sentido ha de partirse del contenido del artículo 1905 del CC, que establece la obligación de reparar el daño causado por animales, atribuyendo dicha responsabilidad al poseedor del animal o a quien se sirva de él. El precepto dice literal-

mente: «El poseedor de un animal, o el que se sirve de él, es responsable de los perjuicios que causare, aunque se le escape o extravíe. Sólo cesará esta responsabilidad en el caso de que el daño proviniera de fuerza mayor o de culpa del que lo hubiese exigido».

La jurisprudencia ha destacado el carácter objetivo de esta responsabilidad, basada en el riesgo consustancial a la tenencia o a la utilización en propio provecho de los animales, la cual exige tan sólo una casualidad material, estableciendo la presunción de culpabilidad del poseedor del animal o de quien se sirve del mismo por su mera tenencia o utilización, con la única exoneración de los casos de fuerza mayor o de culpa del perjudicado. La S. de 29 de mayo de 2003 expresa la doctrina, a su vez recogida en la de fecha 12 de abril de 2000, en los siguientes términos: «Con precedentes romanos (*actio de pauperie*), nuestro Derecho Histórico se preocupó de la cuestión en forma bien precisada, y así el Fuero Real (Libro IV, Título IV, Ley XX) obligaba al dueño de animales mansos (que incluía a los perros domésticos) a indemnizar los daños causados. La Partida VII, Título XV, Leyes XXI a XXIII, imponía a los propietarios de los animales feroces el deber de tenerlos bien guardados, y la indemnización incluía el lucro cesante. El Código civil español no distingue la clase de animales, y su artículo 1905, como tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala, constituye uno de los escasos supuestos claros de responsabilidad objetiva admitidos en nuestro Ordenamiento Jurídico (SS. de 3 abril de 1957, 26 de enero de 1972, 15 de marzo de 1982, 31 de diciembre de 1992 y 10 de julio de 1996), al proceder del comportamiento agresivo del animal que se traduce en la causación de efectivos daños, exigiendo el precepto sólo causalidad material».

Esta imputación objetiva de la responsabilidad, derivada de la posesión o utilización del animal, desplaza hacia quien quiere exonerarse de ella la carga de acreditar que el curso causal se vio interferido por la culpa del perjudicado, que se erige de ese modo en causa eficiente y adecuada del resultado lesivo producido, eliminado la atribución de éste, conforme a criterios objetivos de imputación, al poseedor del animal o a quien se sirve de él. La presencia de la culpa de la víctima sitúa la cuestión de la atribución de la responsabilidad en el marco de la causalidad jurídica, presupuesto previo al de la imputación subjetiva, que exige la constatación de una actividad con relevancia causal en la producción del daño, apreciada con arreglo a criterios de adecuación o de eficiencia, e implica realizar un juicio de valor para determinar si el resultado dañoso producido es objetivamente atribuible al agente como consecuencia de su conducta o actividad, en función de las obligaciones correspondientes al mismo, contractuales o extracontractuales, y de la previsibilidad del resultado lesivo con arreglo a las reglas de la experiencia, entre otros criterios de imputabilidad admitidos, como los relacionados con el riesgo permitido, riesgos de la vida, competencia de la víctima, o ámbito de protección de la norma (S. de 7 de junio de 2006, que cita las de 21 de octubre de 2005, 2 y 5 de enero, y 9 de marzo de 2006).

Sentada la doctrina jurisprudencial que se acaba de glosar, procede examinar el caso contemplado en la sentencia recurrida, de cuyas apreciaciones probatorias y conclusiones fácticas ha de partirse, en la medida en que no han quedado desvirtuadas por la denuncia, oportuna, adecuada y eficaz, del error de derecho en la valoración de la prueba.

En ellas se destaca que el desgraciado accidente tuvo lugar cuando el demandante, con el objeto de dar de beber a los tigres de bengala que se hallaban encerrados en su jaula-remolque, sin haber recibido orden o instruc-

ción alguna a tal fin, y tras superar las vallas colocadas alrededor del carro-mato para evitar el acceso al mismo, abrió el pestillo de seguridad que cerraba la trampilla metálica situada en la parte inferior del remolque, a través de la cual se llevaba a cabo la alimentación de los animales, e introdujo el brazo izquierdo en la jaula de las fieras para meter la caja de metal utilizada para dar de beber a los tigres, momento en que uno de ellos lo agarró por la extremidad, y, tirando de ella, logró seccionarla finalmente. Asimismo, desde el punto de vista del factor psicológico de la culpabilidad, es relevante el hecho de que el actor era plenamente consciente de la fiereza y agresividad de los animales, así como del peligro que entrañaba su acción, tanto más cuanto era realizada por quien no era el cuidador habitual de los tigres, quien se debía ocupar de la rutina de su alimentación, y cuando suponía una invasión del espacio vital de éstos, que veían de ese modo amenazado su territorio por quien, por ende, era desconocido para ellos, siendo, en consecuencia, previsible para el demandante, en el sentido de representarse mentalmente tal resultado según las reglas de la experiencia, una reacción defensiva en extremo agresiva por parte de los tigres, habiendo aquél asumido y aceptado, no obstante, ese posible resultado, y, por ende, sus consecuencias lesivas.

Así las cosas, la causa eficiente y adecuada de las lesiones sufridas por el actor se encuentra, lejos de la insuficiencia de las medidas de seguridad exigibles a la empresa de espectáculo circense poseedora de los animales, en la propia conducta de aquél, quien, consciente y deliberadamente, asumió el riesgo que entrañaba una acción que se revela carente de toda prudencia, y quien asumió también un resultado que se presentaba como previsible y claramente evitable, de tal forma que fue él quien voluntaria y conscientemente se situó en la posición de riesgo, y asumió y aceptó sus consecuencias, con lo que interfirió en el nexo causal entre el riesgo inherente a la tenencia y utilización de los animales y el resultado lesivo producido. Éste se ha de imputar, pues, al propio perjudicado, conforme a la regla *quod quis ex sua damnúm. sentit, non intelligitur sentire* (Digesto, Libro 50, Tit. 17, regla 203), que tiene su traducción en la Ley 22, Tít. 34, de la Partida Séptima, que expresaba: «que el daño que ome recibe por sua culpa, que si mesmo debe culpar por ello»; lo que conlleva la exoneración de la responsabilidad de quien posea o utilizaba los animales en su beneficio, en línea con la doctrina jurisprudencial que ha declarado la exoneración de la responsabilidad por la concurrencia de la culpa del perjudicado que asume el riesgo, ya en supuestos de responsabilidad por daños causados por animales —SS. de 15 de noviembre de 2001 y de 7 de junio de 2006—, ya en otros ámbitos distintos —S. de 17 de octubre de 2001, en prácticas deportivas, y las que en ella se citan—.

Por todo ello ha de concluirse que fue plenamente correcta la decisión del Tribunal *a quo*, pues no cabe declarar la responsabilidad de la empresaria demandada —y no se produce, por lo tanto, la infracción normativa y jurisprudencial invocada por el recurrente—, como, consiguientemente, tampoco es posible extenderla a la compañía aseguradora del riesgo de responsabilidad civil, por faltar precisamente el presupuesto que representa el riesgo objeto del aseguramiento. Y, en fin, tampoco cabe declarar la responsabilidad que, de forma solidaria junto con los demás codemandados, se reclama respecto del Ayuntamiento codemandado, pues lo impide la imputación del resultado lesivo al propio perjudicado, que hace causalmente irrelevante la intervención del consistorio en el curso de los acontecimientos, limitada, por ende, a la concesión de la oportuna licencia para el desarrollo del espectáculo



circense, legalizadora de dicha actividad. (STS de 20 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

HECHOS.—El demandante había sufrido la amputación por arrancamiento de su brazo izquierdo, al tratar de dar de beber a los tigres enjaulados que formaban parte de un espectáculo circense. El actor consideró responsables del siniestro a la empresaria propietaria del espectáculo y dueña de los animales, interponiendo también la acción directa contra la compañía aseguradora de la responsabilidad civil de aquélla, así como al Ayuntamiento que había concedido la licencia para la exhibición circense. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, al considerar que el accidente se debió a la culpa exclusiva de la víctima, proporcionando argumentos que fueron compartidos por la Audiencia Provincial para desestimar el recurso de apelación. Recurrída en casación la sentencia, el Alto Tribunal rechaza también el recurso. (*M. C. B.*)

**56. Responsabilidad extracontractual por cosas arrojadas desde un piso (art. 1910 CC): responde la persona que lo habita; responsabilidad de la aseguradora (art. 73 LCS): no nace si no existe responsabilidad civil del asegurado.**—Estima la Sala la infracción de los artículos 1907, 1910 CC y 9.1,b LPH debiendo entenderse cometida en la medida en que la sentencia impugnada los considera aplicables a la propietaria del piso: la del artículo 1907 CC porque en los hechos probados no hay el menor atisbo de ruina del edificio debida a una falta de las reparaciones necesarias; la del artículo 1910 porque la jurisprudencia de esta Sala es clara al excluir de su ámbito al propietario arrendador de la vivienda que como es obvio, no habita en ella, citándose especialmente las STS de 6 de abril de 2001 y 22 de julio de 2003 y la del artículo 9.1,b LPH porque amen de no estar sometido el edificio a tal régimen jurídico, el mismo impone determinadas obligaciones al propietario frente a la comunidad y los demás propietarios y no frente a terceros. En cuanto a la infracción del artículo 1902 CC por haberse entendido por la Sala de instancia que el propietario debió haber advertido al inquilino sobre el peligro que representaban las macetas y debió haberlo requerido para que las retirase, también la estima el Tribunal Supremo empleando el siguiente argumento. Porque de admitirse tal interpretación ello supondría hacer responsable al propietario arrendador de los daños causados a terceros por el inquilino, o dicho de otra forma, extender el ámbito del artículo 1910 a sujetos distintos del habitante de la casa en contra de la doctrina contenida en las sentencias ya referidas y en la del TS de 5 de julio de 1989, mediante la imposición al propietario-arrendador de un exacerbado deber de vigilancia o supervisión de la conducta del inquilino.

Por último y en relación con la infracción del artículo 73 de la Ley de contrato de seguro, en la medida en que la Audiencia entendió que la aseguradora vendría obligada a responder aunque se absolviera a los propietarios según la doctrina contenida en la STS de 5 de julio de 1989, también la estima el Tribunal Supremo por las siguientes razones. Porque una sola sentencia no sienta jurisprudencia y aunque fuera así tal doctrina no sería aplicable al tratarse de hechos distintos y porque en el citado precepto el riesgo cubierto por el seguro es el del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar por lo que si no hay responsabilidad civil del asegurado no

nacerá la obligación del asegurador, como resulta ser el presente supuesto. (STS de 4 de diciembre de 2007; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castan.]

HECHOS.—Coincidiendo con un fuerte temporal de viento y como consecuencia de la caída de una maceta de un quinto piso, falleció en el año 1989 una señora de 65 años. El piso se encontraba alquilado a doña C. (anciana) por la propietaria del mismo cuyo nombre no se hace constar y que fallece en el año 1993 antes de la interposición de la demanda. El viudo de la víctima don B. demanda en juicio declarativo de menor cuantía a los herederos de la propietaria del piso, a la aseguradora Unión y a la inquilina del inmueble, ejercitando acción de responsabilidad extracontractual por daños y reclamando la cantidad de 15 millones de pesetas.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que tras desestimar la excepción de cosa juzgada estimó parcialmente la demanda, condenando a la inquilina al pago de una indemnización de 8 millones de pesetas y absolvió a los herederos de la propietaria del inmueble y a la entidad aseguradora. Interpuesto recurso de apelación por el demandante don B. y la demandada doña C, la Audiencia dictó sentencia, a la que se presentó un voto particular, por la que revocó la sentencia del Juzgado dictando otra por la que estimando la demanda de don B., condenó a los herederos de la propietaria del piso, a la entidad aseguradora Unión y el Fénix y a la arrendataria doña C. a indemnizar solidariamente al demandante en la cantidad de 10 millones de pesetas.

Se interpuso recurso de casación por parte de los herederos de la propietaria fundado en 4 motivos (infracción del artículo 1902 CC; infracción de los artículos 1907, 1910 del CC y 9.1,b LPH; infracción de los artículos 1249 en relación con el 1253 ambos del CC e infracción del artículo 1105 del CC) y por parte de la aseguradora, basado también en 4 motivos, estimándose el primero y segundo del primer recurso, coincidentes con el segundo y tercero del segundo recurso y dejando de conocer del resto. (C. S. R.)

**57. Culpa médica: esguince con rotura de ligamientos: secuelas: carga de la prueba.**—La regla de la carga de la prueba debe ser tomada en consideración sólo cuando faltan elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes, pero no cuando han quedado probados en el proceso; con otras palabras, el derogado artículo 1214 CC —aplicable al caso— resulta infringido en caso de una incorrecta identificación de la parte que debe soportar la consecuencia de que permanezcan dudosos hechos relevantes para el pleito.

**La obligación del médico como obligación de hacer: *Lex artis ad hoc*: prueba.**—La prestación de los médicos no era de resultado; la actividad debida por los médicos, precisamente contratados por poseer determinados conocimientos técnicos, era la exigible a unos expertos profesionales, obligados a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia —*lex artis* o conjunto de saberes y técnicas propias de la profesión—, estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin; en este sentido

la STS de 30 de diciembre de 2004 destaca que la responsabilidad contractual de los médicos, por tal modalidad de incumplimiento, enmarcada en el artículo 1101 CC, depende de una previa valoración de la idoneidad de la conducta por ellos desplegada, razón por la que se hace necesario afrontar un juicio de diligencia, con una comparación entre la prestación ejecutada y la prestación debida, identificada según el modelo ideal y objetivo de conducta exigible por la cualificación profesional de los deudores y la naturaleza de la prestación; ello lleva como lógica consecuencia que recaiga sobre el demandante la carga de probar la relación causal entre la conducta del médico y el resultado dañoso.

**Ley de protección de consumidores.**—La recurrente denuncia infracción de los artículos 1902 y 1903 CC. en relación con varios artículos de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios de 1984. La sentencia recurrida de la Audiencia Provincial, para negar que la acción hubiera prescrito según sostuvo el Juzgado de Primera Instancia, identificó la acción ejercitada como contractual, y a esa calificación cumple estar, al no ofrecerse argumento que justifique corregirla. Pero, en todo caso, la conclusión desestimatoria sería la misma de aceptarse la calificación de extracontractual, desde el momento en que no se ha probado la relación causal entre el inicial desconocimiento por los demandados de la rotura de ligamentos y la secuela padecida por la demandante con posterioridad al primer tratamiento, la cual, favorecida por una predisposición individual de la misma, no suele revelar en su comienzo nada característico. La STS de 15 de noviembre de 2007, con cita de la de 7 de mayo del mismo, declara que la aplicación de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios respecto a los servicios sanitarios, únicamente puede proyectarse sobre los aspectos funcionales de dichos servicios, sin alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos. (STS de 5 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.] (G. G. C.)

**58. Responsabilidad civil: responsabilidad médica. Responsabilidad del laboratorio que no detecta la infección de la sangre aplicada en transfusión. Apreciación conjunta de la prueba: inexistencia de presunción.**—La Audiencia, al establecer que si hubiera repetido el análisis de las dos bolsas de sangre y se hubiera hecho el interrogatorio, el examen físico y las exploraciones analíticas de los donantes, se habría averiguado que no eran aptos, aplica una regla de experiencia, que obtiene de manera racional de los datos suministrados por los dictámenes obrante en autos. No existe presunción de negligencia y por tanto no es aplicable el artículo 1253 CC., pues no cabe confundir las presunciones con las deducciones que para sentar conclusiones extraen los juzgadores de las denominadas pruebas directas o máximas de experiencia (SSTS de 11 de octubre de 2006, 18 de octubre de 2006 y 11 de diciembre de 2006, entre otras).

**Responsabilidad civil del centro hospitalario que realiza la transfusión: no se funda únicamente en la responsabilidad de empresario por actos de sus dependientes sino también en los artículos 25 y 28.2 LGDCU.**—Este último, incluyendo los servicios sanitarios, establece una responsabilidad objetiva por los daños originados en el correcto uso y consumo de bienes y servicios, cuando, por su propia naturaleza o por estar así reglamentariamente establecidos, incluyan la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad en condiciones objetivas de determinación o dispongan

controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor o usuario. Ello determina que el centro médico debe responder del contagio en virtud de una transfusión verificada por sus servicios, de los que cabe esperar razonablemente por el usuario medio que reúnan las condiciones de calidad necesarias para no constituir causa de infecciones susceptibles de ser evitadas mediante los adecuados controles, en este caso, no sólo las pruebas practicadas, sino también los interrogatorios y análisis posteriores omitidos, a los que se refiere la sentencia recurrida, respecto de los cuales resulta indiferente, en virtud del criterio objetivo en que se funda este tipo de responsabilidad, que correspondiera o no su práctica al centro médico (SSTS de 18 de marzo de 2004, 10 de junio de 2004, entre otras).

**Responsabilidad de la entidad aseguradora: criterios aplicados por la jurisprudencia.**—1.º) El de la responsabilidad por hecho de otro dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV CC. Se encuentra con la dificultad de la relación contractual entre asegurado y aseguradora y con la del tipo de relación que vincula a los médicos con la sociedad, que suele ser de arrendamiento de servicios. 2.º) Naturaleza contractual de la responsabilidad que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica. Este criterio, en puridad, embebe el anterior. Las consideraciones para su aplicación se basan normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica. 3.º) La forma de actuación de los facultativos, en virtud del principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con arreglo a la legislación de consumidores. En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga como consecuencia del contrato frente al asegurado. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio. 4.º) La existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación (cuando procede). Puede hablarse también, en estos casos, en el marco del criterio de la dependencia, de culpa *in eligendo* o *in operando*. 5.º) Artículos. 26 y 28 LGDCU: según la más reciente jurisprudencia, la responsabilidad que allí se establece no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha. En el caso considerado se dan al menos dos de los criterios referidos (criterios 2.º y 3.º). **(STS de 4 de diciembre de 2007; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 8 de noviembre de 1990, don P. fue internado en el Sanatorio Parque San Antonio por graves trastornos digestivos y se le efectúa una transfusión sanguínea. Dos bolsas de sangre utilizadas habían sido entregadas por el laboratorio de análisis clínicos de los doctores don I. y don L. La sangre había sido analizada por don I. La atención médica en el centro médico se prestó en virtud

de una póliza de seguro de asistencia sanitaria suscrita con una compañía absorbida por la compañía de seguros A, S.A., en cuyo artículo 16 figuran los servicios de hospitalización y transfusiones de los que se hizo uso. El día 16 de noviembre de 1990, don Pedro fue dado de alta, pero el 11 de febrero de 1991 se le diagnosticó de hepatitis por virus C. Don P. demanda a don I., don L., la clínica y la compañía de seguros, en reclamación de indemnización por el daño padecido. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia estimó parcialmente el recurso de apelación y condenó solidariamente a los demandados a indemnizar a don P. Contra este fallo tanto la parte actora como la parte demandada interponen recurso de casación.

NOTA.—Téngase en cuenta que la sentencia hace alusión a los artículos 26 y 28 de la LGDCU 26/1984, aplicable al caso, pero hoy sustituida por RDLeg 1/2007, con concreta referencia al artículo 148 y DT.<sup>a</sup> 3.<sup>a</sup> de dicha norma. (S. M. S.)

**59. Responsabilidad legal del Registrador de la Propiedad por cancelación de una inscripción: naturaleza y requisitos.**—El artículo 246 LH dispone que los Registradores responderán civilmente, en primer lugar, con sus fianzas, y en segundo, con sus demás bienes, de todos los daños y perjuicios que ocasionen cuando incurran, entre otros casos, en el núm. 4.º, por cancelar alguna inscripción, anotación preventiva o nota marginal, sin el título y requisitos que exige esta ley; y ello se concreta en el artículo 300, párr. 1.º, LH conforme al cual, el que por error, malicia o negligencia del Registrador perdiere un derecho real o la acción para reclamarlo podrá exigir, desde luego, del mismo Registrador el importe de lo que hubiere perdido. Esta responsabilidad legal exige la concurrencia de los mismos requisitos propios de la responsabilidad civil extracontractual, y en consecuencia: a) que exista acción u omisión culposa o negligente, a lo que se añade en este caso la simple actuación errónea siempre que sea imputable directamente al Registrador y no venga determinada por circunstancias ajenas a su propia actuación, cuya vigilancia no le competa por razón de su profesión; b) daño o perjuicio para tercero, concretado legalmente en la pérdida de un derecho real o de la acción para su reclamación; y c) relación de causalidad entre los anteriores elementos, de modo que el daño o perjuicio experimentado venga causalmente determinado por aquella actuación del Registrador; siendo tales requisitos de necesaria concurrencia. En el presente caso, tanto la Audiencia Provincial como antes el Juzgado de Primera Instancia entendieron que no existía daño alguno para la parte demandante por la cancelación de su inscripción de dominio ya que la inscripción se había producido en virtud de un negocio absolutamente simulado. La *ratio decidendi* de la sentencia absolutoria recurrida radica precisamente en la ausencia de daño.

**Nulidad contractual alegada por vía de excepción: no hay indefensión.**—Antes de la LEC 2000 que regula la cuestión en su artículo 408, la posibilidad de que la nulidad contractual se hiciera valer por vía de excepción, sin necesidad de acudir a la vía reconvenicional, había sido reconocida por la jurisprudencia (SSTS de 25 de mayo de 1987, 7 de junio de 1990, 19 de noviembre de 1994, 20 de junio de 1996 y, como más reciente, la de 15 de diciembre de 2005) con razones que son de perfecta aplicación al supuesto ahora contemplado, pues queda vedada a la parte demandada la posibilidad de utilizar la vía reconvenicional frente a quien no es demandante y, como es sabido, la acción de nulidad ha de dirigirse necesariamente contra

todos los que han sido parte en el negocio cuya invalidez se postula. Por tal razón, en el presente caso, no se ha declarado por la sentencia la nulidad del negocio con efectos de cosa juzgada ni se solicitó por la parte demandada, sino que se ha aceptado la misma como determinante de la inexistencia de perjuicio para la parte actora derivada de la actuación del legislador, sin que la parte actora quedara en la situación de indefensión que denuncia.

**Inexistencia de causa: prueba de la simulación.**—Viene apreciada en razón a la prueba practicada en los autos y a la evidencia que de la misma se desprende respecto de la existencia de la simulación contractual, sin que se haya impugnado en casación la valoración de la prueba; así se ha tenido en cuenta el hecho de un administrador que es común a ambas sociedades interesadas, y la inexistencia de constancia de tal operación en la contabilidad de la supuesta adquirente y la evidencia de que ésta no había satisfecho precio alguno, unida a la coincidencia de domicilio de la vendedora y compradora.

**Doctrina de los actos propios.**—No guarda relación con el artículo 1282 CC que se dice infringido, pues éste contiene una regla hermenéutica contractual que tiende simplemente a facilitar la averiguación de la intención de los contratantes mediante la consideración de sus actos coetáneos y posteriores al contrato, mientras que la doctrina de los actos propios es una doctrina de elaboración y desarrollo jurisprudencial que encuentra su fundamento en el principio de la buena fe (art. 7.1 CC) y en la protección de la confianza creada por la apariencia, que impone un deber de coherencia y limita la libertad de actuar cuando se han creado unas expectativas razonables, pues el comportamiento supone en tal caso la expresión inequívoca de una determinada voluntad en referencia a una relación jurídica o situación de hecho, que impide la admisión como legítimo de un posterior comportamiento contradictorio (SSTS de 14 y 28 de octubre de 2005 y 26 de enero de 2006, entre otras muchas). Pero la actuación del Registrador en el ejercicio de sus funciones no se produce en el ámbito privado, sino en el público propio de su cometido profesional, y sólo los actos que se producen en el ámbito privado son susceptibles de generar los efectos de la doctrina de los actos propios; pero aunque así no fuere, conforme al artículo 18 LH, el Registrador de la Propiedad ha de calificar los títulos que se le presentan para inscripción atendiendo a la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro, lo que significa que una calificación positiva en orden a la inscripción en absoluto comporta la necesidad de indagación por parte del Registrador sobre la existencia o no de causa en el contrato, o la realidad y veracidad de la misma.

**Inexistencia de responsabilidad del Registrador por falta de un daño.**—Faltando el presupuesto del daño para justificar la reclamación que se formula, es claro que no existe responsabilidad civil por parte del Registrador de la Propiedad, no sólo porque la parte actora era una titular registral sólo aparente por carecer de un título válido de transmisión, sino también, aunque no hubiera sido así, quedaba afectada por la inscripción de un derecho de opción de compra sobre el mismo bien que fue ejercido por su titular con cumplimiento de las condiciones establecidas para ello. (STS de 23 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En 1996 se otorga una opción de compra sobre una finca, por Sugar SA, a favor de don Humberto, la cual se inscribe en el Registro de la Propiedad. En 1997 Sugar SA vende la misma finca a Xilón Forestal SL, pero don Humberto ejercita en tiempo y forma su derecho de opción de compra, cancelándose la inscripción de aquella venta. En el presente proceso Xilón Forestal SL ejercita la acción de responsabilidad civil contra el Registrador, con base en el supuesto perjuicio sufrido por la cancelación de su adquisición, que se desestima en ambas instancias, obteniendo igual resultado la casación. En el proceso se demuestra claramente que, entre las empresas Sugar y Xilón Forestal, intervienen oscuras maniobras que conducen a estimar absolutamente simulada la enajenación de la finca objeto de la opción, concertada con finalidad de fraude al titular de la opción. (G. G. C.)

**60. Responsabilidad extracontractual: responsabilidad patrimonial de la Administración: no concurre.**—El artículo 141.1 LRJPAC (Ley 30/1992) establece un régimen de responsabilidad «objetivo», en el sentido de no exigibilidad de criterios de imputación de carácter subjetivo, fundados en el dolo o culpa del causante del daño. Pero esto no se extiende a los criterios objetivos. Este criterio de imputación exigido hoy por la Ley siguiendo el rastro jurisprudencial, no concurre en aquellos casos en que el paciente debe soportar los llamados riesgos del progreso, cuando los daños se deriven de «hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos», según prevé expresamente el artículo 141.1 LRJPAC. La jurisprudencia interpreta este precepto en el sentido de que comprende los casos en los que el contagio por transfusión se produjo con anterioridad a la disponibilidad de los reactivos para la práctica de las pruebas del SIDA, siempre que se hayan adoptado las medidas exigidas en su momento, con arreglo al estado de la técnica, en torno a la obtención y tratamiento del plasma, la comprobación de su posible contaminación y el diagnóstico y adecuado tratamiento de la enfermedad, como ocurre en el caso enjuiciado. (STS de 5 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—Como consecuencia de la enfermedad que se diagnostica a don A., en 1982, se le somete a intervención quirúrgica con necesidad de transfusión sanguínea. En controles derivados del tratamiento postoperatorio al que se somete se aprecia, en junio de 1991, que presenta HIV positivo (SIDA) y se da prioridad al tratamiento del mismo, interrumpiendo el protocolo de autotrasplante de médula ósea. don A. fallece en el curso del procedimiento judicial que entabla contra la Fundación de Gestión Sanitaria del Hospital en que fue atendido y diversos médicos que intervienen en el tratamiento de don A. (don J., don L. A., don C. M., don D. y don R.). El Juzgado de Primera Instancia desestima su demanda de indemnización de daños y perjuicios argumentando que la actuación de los médicos fue correcta y la transfusión necesaria; que el plasma transfundido fue objeto de las comprobaciones exigibles en su momento, que no incluían la prueba de SIDA, que no fue posible

hasta 1985; que dada la reglamentación propia en materia de SIDA y las fechas de conocimiento de la aparición de la enfermedad, no cabía atribuir ninguna responsabilidad a los servicios sanitarios. La Audiencia Provincial confirmó la sentencia. (S. M. S.)

## DERECHOS REALES. DERECHO HIPOTECARIO

**61. Función de la usucapión.**—Según reiterada jurisprudencia, la usucapión subsana la falta de poder de disposición del transmitente, permitiendo las adquisiciones *a non domino* del mismo modo que el artículo 34 LH, pues purifica el defecto de titularidad del transmitente (entre otras, SSTS de 10 de febrero de 2004, 5 de mayo de 2005 y 28 de febrero de 2007).

**Usucapión ordinaria. Buena fe.**—Rechaza el Tribunal Supremo que la buena fe requerida para la usucapión ordinaria consista en una absoluta diligencia del usucapiente, encaminada a comprobar quién fuera el verdadero dueño de la cosa usucapida, ya que, de ser así, la institución carecería de utilidad.

**Compraventa a non domino. Existencia de objeto en la compraventa.**—Tras las SSTS de 28 de febrero y de 7 de septiembre de 2007, no puede ya sostenerse que una venta se anule o carezca de objeto por el solo hecho de no tener el vendedor poder de disposición sobre la cosa o no haber pagado el comprador la totalidad del precio.

**Normas sobre valoración de la prueba documental.**—Respecto a la valoración de la prueba por el tribunal *a quo* en relación con documentos privados, afirma con rotundidad el Tribunal Supremo que la autenticidad de estos documentos se puede probar por medios distintos de su reconocimiento por todos los firmantes (STS de 22 de octubre de 1992); que, pese a su impugnación, un documento privado se puede valorar ponderando su grado de credibilidad según las circunstancias del caso (entre otras, SSTS de 30 de octubre de 1998, 28 de abril de 1999 y 26 de mayo de 2003) y que se puede tener por cierta la fecha de un documento privado antes de su incorporación o inscripción en un registro público, cuando otros elementos probatorios la corroboran (*v. gr.*, SSTS de 23 de diciembre de 1996 y 10 de mayo de 2004). (**STS de 19 de febrero de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.]

**HECHOS.**—En 1970, mediante contrato privado de dación en pago, don A. transmitió a don C. una serie de pisos de una promoción inmobiliaria; se acordó en el contrato formalizar la escritura pública a nombre de quien don C. designara. Éste designó al efecto a la entidad B, S.A., pero hasta el 3 de junio de 1994 no se procedió a la inscripción de la propiedad de los pisos en el Registro de la Propiedad a favor de la citada entidad, ya que la mencionada escritura no se otorgó hasta el 17 de marzo de 1994. En todo caso, no consta ni que don C. ni que la entidad B, S.A. entrara en posesión de los pisos.

Entre tanto, el 16 de marzo de 1974, don M. adquirió de don C.A. una de las viviendas a la que se había referido la transacción



de 1970 entre los dos sujetos ya mencionados. La compraventa se recogió en un documento privado en el que el vendedor se afirmaba propietario de la vivienda, adquirida de don J., y declaraba ceder a don M. y a su esposa todos los derechos y obligaciones del piso, recibiendo de los compradores el importe de las letras pagadas hasta entonces por don C.A. a su transmitente y quedando a cargo de don M. las pendientes de pago a la empresa constructora; al mismo tiempo, don M. se comprometía a aceptar dos letras de cambio para pagar a don C.A. Desde ese momento, don M. entró en posesión de la vivienda y se hizo cargo del pago de los suministros de electricidad y gas, de los recibos de la comunidad de propietarios y de la contribución urbana.

En el año 1996, don M. interpuso demanda contra la entidad B, S.A., solicitando que se reconociera judicialmente su posesión extratabular sobre la vivienda que había adquirido en 1974 y que se declarara su adquisición de la misma por usucapación ordinaria, procediéndose a la declaración de nulidad y cancelación de la inscripción del dominio a favor de la entidad B, S.A. y a la posterior inscripción del dominio sin cargas y con carácter privativo a su favor. Aportaba a la demanda el contrato suscrito en 1974 con don C. A., así como las letras anteriormente mencionadas y numerosos recibos de pago de suministros, comunidad y contribución urbana que se remontaban hasta el año 1977. Frente a ello, la demandada, además de contestar a la demanda, planteó reconvencción solicitando que se calificara la posesión de don M. como de mala fe y, consiguientemente, el abono de los frutos civiles que hubiera podido percibir durante su posesión de la vivienda. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda y desestimó la reconvencción, contra lo que interpuso recurso la entidad B, S.A., que fue desestimado por la Audiencia Provincial, cuyo fallo fue recurrido en casación por la demandada-apelante, quien impugnó, en esencia, la concurrencia de los presupuestos de la usucapación ordinaria. (A. M. M.)

**62. Disolución de la comunidad de bienes: ausencia de acuerdo de adjudicación a uno de los comuneros.**—La ausencia de acuerdo entre los comuneros sobre la adjudicación del bien a uno de ellos es suficiente para que pueda solicitarse eficazmente la venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños. Este criterio se mantiene con independencia de que exista voluntad de pago de la porción del bien por parte del comunero que solicita su adjudicación. (STS de 14 de diciembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—La demanda tiene por objeto la disolución de una comunidad de bienes cuyo objeto es un negocio de panadería y el local en el que se ubica. Al no haber logrado los dos comuneros llegar a un acuerdo sobre el modo de disolver la comunidad, la demandante solicita que la disolución se realice mediante venta en pública subasta con admisión de licitadores extraños, mientras el demandado formula reconvencción y pide que se le adjudique la mitad indivisa del bien a cambio de reembolsar a la demandante el

valor correspondiente. En ambas instancias se estimó la demanda. En casación, no hubo lugar. (C. J. D.)

**63. Propiedad horizontal: carácter imperativo de la Ley de Propiedad Horizontal.**—De forma reiterada, ha declarado la Sala Primera del Tribunal Supremo que la Ley de Propiedad Horizontal es eminentemente imperativa, y que aunque busca respetar la voluntad de los comuneros y copropietarios, esto es así siempre que se respeten las normas imperativas de la ley mencionada, puesto que ésta es derecho cogente que no puede ser modificado siquiera por el título constitutivo de la Escritura de la propiedad. (STS de 26 de noviembre de 2007; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—T.M., S.A., llevó a cabo obras en un local comercial del que era arrendador, con el único consentimiento de la propietaria y arrendataria doña P. El local estaba situado en la planta baja de un edificio en régimen de propiedad horizontal.

Don I., propietario de tres plantas del mismo edificio, interpone demanda contra doña P. y contra T.M., S.A., solicitando que se declare la ilegalidad de las obras por haberse realizado sin el consentimiento del resto de copropietarios, ya que aquellas afectaban a la estructura del edificio, y la reparación de los daños y desperfectos junto con la reposición de los elementos modificados a su estado primitivo.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Se interpone recurso de apelación que es estimado parcialmente por la Audiencia Provincial. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación. (A. M. C. S.)

**64. Propiedad horizontal: la interpretación de las cláusulas de exoneración incluidas en el título constitutivo y la condición de tercero.**—La inclusión de cláusulas de exoneración en el título constitutivo respecto de las cuotas para cargas y beneficios es perfectamente posible como excepción a la regla general. Sin embargo, esta situación ha de ser interpretada de forma restrictiva y, en todo caso, para su validez las cláusulas deben ser inscritas en el Registro de la Propiedad. En caso de no inscribirse, los futuros propietarios no se verán obligados a respetarlas, pues no han participado en su elaboración, ni han gozado de la publicidad registral necesaria (SSTS de 25 de junio y 3 de julio de 1984, 2 de marzo de 1989 y 20 de marzo de 1990). Eso sí, el Tribunal Supremo pone de manifiesto que esa condición de tercero sólo es predicable de los futuros propietarios, pero no de la comunidad. En este sentido, sólo los nuevos titulares pueden verse obligados por los acuerdos o formas de actuación diferentes o excepcionales de la comunidad, cuando así consten en el título constitutivo inscrito en el Registro de la Propiedad. (STS de 26 de marzo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La Comunidad de propietarios demanda a la Promotora I. y solicita que esta última abone la parte de la cuota que le corresponde en los gastos de la comunidad conforme a las reglas

generales. A su vez, solicita que se declare la nulidad de la reserva de contribución de gastos efectuada por la citada promotora en el título constitutivo. Previamente a la interposición de la demanda, el Registrador de la Propiedad ya había denegado la inscripción de las cláusulas de exoneración previstas en el título constitutivo por ser contrarias a los artículos 5 y 9.5 LPH y a la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios. No consta que esta resolución haya sido recurrida.

El Juzgado de Primera Instancia desestima íntegramente la demanda, pero esta sentencia es revocada en grado de apelación por la Audiencia que acoge íntegramente las peticiones de la comunidad y condena a la Promotora I. al pago de la cantidad solicitada y declara la nulidad de las cláusulas. La demandada interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución recurrida. (*S. E. M.*)

**65. Junta de propietarios. Citación de los comuneros. Interpretación flexible del artículo 15.2.º LPH.**—La reciente STS de 19 de septiembre de 2007 ha señalado que nada impide, tanto desde el punto de vista sustantivo como probatorio, que pueda considerarse acreditado haber tenido lugar la citación de un comunero a la Junta General, aunque no conste la fehaciencia del conducto notarial o del correo certificado con acuse de recibo, siempre que se den determinadas circunstancias, entre ellas la de que se trate de un sistema habitual de comunicación entre la comunidad y los comuneros sin queja o protesta de sus integrantes. En definitiva, pese al carácter *ius cogens* de las normas reguladoras de la convocatoria, la jurisprudencia ha venido a flexibilizar el régimen con el fin de dinamizar la vida de la comunidad y evitar que la pasividad de los copropietarios no entorpezca el funcionamiento de la institución, propugnando un criterio flexible en esta y en otras cuestiones en armonía con las directrices de la propia ley, entre ellas el logro de una convivencia normal y pacífica presidida por la idea de justicia y la atención a las necesidades de la colectividad. (**STS de 18 de diciembre de 2007**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—El recurrente en casación formuló demanda contra la comunidad de propietarios solicitando la declaración de nulidad de la Junta al no constar acreditada la recepción de la convocatoria por el copropietario. Se prueba que la citación se realizó mediante carta certificada con la antelación requerida y siendo este medio el habitual en dicha comunidad. La demanda es estimada en primera instancia y desestimada en apelación. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación. (*B. F. G.*)

**66. Distinción entre la contribución a los gastos comunes y los gastos particulares, y mayoría necesaria para su modificación.**—La regla del anterior artículo 9.5 LPH [actual 9.e] obliga a cada propietario a contribuir, con arreglo a su cuota de participación o a lo especialmente establecido, a los gastos que no sean susceptibles de individualización, algo que, de ordinario, no se dará por lo que respecta al consumo de fluido eléctrico, agua y gas de servicio público por cada uno de los propietarios de los pisos y locales inde-

pendientes (STS de 22 de diciembre de 1979). Se dispone, asimismo, en el artículo 16.2 LPH, que para los acuerdos, como la determinación del presupuesto, es preciso el voto de la mayoría del total de propietarios que representen la mayoría de las cuotas de participación, y el mismo artículo 16.1 LPH exige la unanimidad para la validez de los acuerdos que modifiquen las reglas contenidas en el título constitutivo o en los estatutos. Las SSTS de 30 de mayo de 1997, de 3 de marzo de 1994 y de 20 de marzo de 1996, reiteran la doctrina jurisprudencial expresiva de que el plan de gastos sólo necesita aprobación mayoritaria, mientras que la distribución de los gastos generales, si no se ajusta a lo previsto en los estatutos, requiere acuerdo unánime. Además, hay que distinguir los gastos generales, que dan lugar a la obligación de contribuir a los mismos según la cuota de participación, y los gastos particulares, que se satisfarán de acuerdo con lo previsto en los estatutos de la comunidad, o, en su defecto, según lo pactado.

El consumo de agua de las viviendas de cada uno de los comuneros, distinto del que se aplica al mantenimiento del inmueble, no es un gasto general sino particular de cada una, y, como tal, resulta perfectamente individualizable. Eso significa que la primera regla a que ha de atenderse para la distribución de estos gastos no es la del coeficiente o cuota de participación fijada en el título constitutivo del régimen de propiedad horizontal, sino la de su consumo o cualquier otra que resulte del acuerdo mayoritario o pacto entre los distintos propietarios que integran el inmueble. Aquí no se modifica la cuota de participación prevista en el título, sino que se adopta un criterio de simple administración sobre el reparto de unos gastos ajenos a esos coeficientes, y ello no implica alteración del título constitutivo de la propiedad o de sus estatutos. **(STS de 24 de enero de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.]

HECHOS.—A y B interpusieron demanda contra la comunidad de propietarios 01, con la pretensión de que se declarase la nulidad de un acuerdo de la Junta de Propietarios por el que se deja sin efecto un acuerdo anterior y nulidad de un acuerdo aprobando la liquidación de gastos referente al consumo de agua y su distribución entre los comuneros. La comunidad acordó por mayoría y con el voto en contra de B, entre otros asistentes, rechazar la facturación que se venía realizando esos dos últimos años y realizada como antiguamente, es decir, dividir a partes iguales el gasto del agua comunitaria entre todos los propietarios, dejando constancia de las razones del cambio.

La sentencia de la Audiencia Provincial, revocando la del Juzgado de Primera Instancia, desestimó la demanda, con el argumento de que la posibilidad de distribuir ese gasto entre todos los comuneros ha de mantenerse por acuerdo mayoritario, y además aunque ciertamente se trata de un gasto individualizable, no lo es en esta concreta comunidad, pues existe un solo contador y no llegaron a instalarse por todos los comuneros contadores individuales.

Los actores interponen recurso de casación, alegando la aplicación indebida del artículo 9.5 LPH [actual 9.e)], habida cuenta de que determinados copropietarios cuentan con contadores de agua que miden el consumo individual, por lo que para los mismos el consumo de agua ha dejado de ser un gasto común para pasar a ser un gasto susceptible de individualización, que no puede volver a

convertirse en común por acuerdo mayoritario. El Tribunal Supremo desestima el recurso. El título constitutivo de la comunidad no contiene previsión alguna acerca de cómo ha de repercutirse el gasto de agua entre los copropietarios, por lo que es suficiente el acuerdo mayoritario de la Junta, al no modificar el título constitutivo. Una cosa es un acuerdo de modificación de cuotas de participación y otra distinta un acuerdo sobre el cambio en el sistema de reparto del consumo de agua, propiciado por la particular situación de la Comunidad. (S. L. M.)

**67. Propiedad horizontal. Obligación de contribuir a los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, cargas y responsabilidades.**—Los propietarios de algunos pisos o locales, por sus especiales circunstancias, pueden quedar exonerados de contribuir al pago de determinados gastos de la comunidad, si tal posibilidad aparece recogida en el título constitutivo. De aparecer prevista tal exención, el título constitutivo sólo podrá modificarse por acuerdo unánime.

**Propiedad horizontal. Interpretación de las previsiones contenidas en la escritura de constitución del régimen sobre contribución a gastos de portería.**—Es doctrina reiterada del Tribunal Supremo (entre otras, SSTs de 17 de febrero de 2003, 6 de octubre de 2005, 7 de junio de 2006 y 30 de mayo de 2007), que la facultad de interpretar los contratos le corresponde a los tribunales de instancia, quedando reducida la función de la casación a un control de ilegalidad, arbitrariedad o contradicción con las reglas de la lógica. De igual forma, procede aplicar la citada doctrina jurisprudencial a la interpretación de los documentos, como es el caso de las previsiones contenidas en la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal. (STS de 21 de enero de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.]

HECHOS.—Los propietarios de diversos locales comerciales situados en un edificio sometido al régimen de propiedad horizontal impugnan un acuerdo adoptado por la junta de propietarios en el que se establece su obligación de contribuir a satisfacer los gastos de portería de la citada comunidad, por considerar que la adopción de tal acuerdo requiere unanimidad de todos los propietarios. La controversia deriva de la diferente interpretación de ambas partes sobre el alcance de la cláusula cuarta de la escritura de constitución del régimen de propiedad horizontal, cuyo tenor literal es el siguiente: «Los titulares de los locales comerciales actuales o de los que resulten de la subdivisión de éstos, no participarán en los gastos comunes del vestíbulo, escaleras y ascensores, siempre y cuando no establezcan salida o comunicación al vestíbulo general del inmueble, en cuyo caso sólo participarán con el cincuenta por ciento del coeficiente, excepto en los casos de portería en que participarán al igual que los demás departamentos». Sobre la base de esta cláusula, los dueños de los locales pretenden exonerarse del pago de los gastos reseñados, al no tener salida al vestíbulo general del inmueble.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda y declara ajustada a derecho la forma de reparto de gastos comunes y la obligación de participación de todos los locales del edificio en los

gastos de portería. Sin embargo, posteriormente, la Audiencia Provincial interpreta de forma literal la cláusula de referencia y estima el recurso de apelación. Por ello, declara la nulidad del acuerdo impugnado y exonera a los propietarios de los locales de abonar los gastos de portería del vestíbulo general de la comunidad. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la comunidad de propietarios. (*M. C. C. M.*)

**68. Propiedad horizontal: el necesario acuerdo unánime para el establecimiento de gravámenes sobre los elementos comunes.**—Dentro del régimen de la propiedad horizontal, la jurisprudencia (entre otras, SSTs de 15 de noviembre de 1986 y 12 de julio de 2006) ha destacado el carácter preferente de la propiedad particular y el accesorio de la comunidad. Dado el carácter instrumental de los elementos comunes puede que éstos se vean afectados para favorecer la finalidad económica y social de ciertos locales privativos. En ciertas ocasiones, esta interpretación ha llevado a que la regla de la unanimidad en la adopción de acuerdos comunitarios se mitigue y se considere válida la adopción de un acuerdo por la mayoría de los propietarios, a pesar de que se afecten los elementos comunes.

Sin embargo, esta excepción a su vez tiene límites. La regla de la unanimidad no podrá exceptuarse cuando la satisfacción del interés particular del propietario suponga un gravamen para la comunidad. El Tribunal Supremo considera que esto sucede cuando se pretende que una servidumbre administrativa de paso de tendido eléctrico que discurre íntegramente por una propiedad privada, se modifique y pase a discurrir por los elementos comunes. En este supuesto, la liberalización de la finca privada implica un claro perjuicio para la comunidad, puesto que supone la imposición de un gravamen. Por ello, esta afectación del elemento común no se podrá realizar válidamente sin el consentimiento unánime de la comunidad de propietarios. (**STS de 17 de enero de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.]

**HECHOS.**—Un propietario impugna el acuerdo adoptado por mayoría de la Junta de Propietarios de un polígono, por el que se autoriza la instalación de una torreta de tendido eléctrico y el traslado del cableado a una zona común de acceso al polígono. Este acuerdo se realiza para que otro de los propietarios se libere de dicha servidumbre y pueda instalar en su finca una gasolinera. El demandante alega que esta modificación afecta a los elementos comunes y que por ello el acuerdo debería haber sido unánime.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Este tribunal entiende que no se trata de una alteración de los elementos comunes, sino de un simple acto de administración de los previstos en el artículo 10 LPH, bastando por ello la mayoría. La Audiencia estima el recurso de apelación, porque considera que existe una alteración de los elementos comunes y de la configuración y el espacio físico exterior de la comunidad (vuelo de la finca), no siendo en ningún caso un mero acto de administración. Se interpone recurso de casación y el Tribunal Supremo lo desestima y confirma la resolución dictada por la Audiencia. (*S. E. M.*)

**69. Plazo de caducidad de la acción de impugnación de los acuerdos de Juntas de Propietarios: caducidad por presentar la demanda ante el Juzgado de guardia antes del día de finalización del plazo.**—Ha sido declarado tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como por la del Tribunal Supremo, que el servicio de guardia sólo debe ser utilizado el día en que venza el plazo para presentar la demanda y no antes. Si dicho plazo finaliza un sábado y la demanda es presentada ese mismo viernes ante el Juzgado de guardia, se corre el riesgo de que el ingreso efectivo de la demanda en el Juzgado competente se dé el lunes siguiente, esto es, con dos días de retraso con respecto al último día de plazo produciéndose la caducidad de la acción, sin que ello suponga una excesiva rigurosidad en la aplicación de la norma reglamentaria que así lo establece (art. 41.1 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio).

**Plazos de caducidad para impugnar los acuerdos de Juntas de Propietarios: acuerdos contrarios a una ley distinta de la Ley de Propiedad Horizontal.**—El plazo de caducidad establecido por la Ley de Propiedad Horizontal para impugnar los acuerdos contrarios a esta ley y los estatutos de los propietarios es de treinta días desde la adopción del acuerdo o la notificación del mismo en caso de ausencia (art. 16.4 LPH).

Sin embargo, dicho plazo no será de aplicación para los acuerdos que contravengan normas imperativas distintas de la Ley de Propiedad Horizontal, en ese caso los acuerdos se considerarán radicalmente nulos y serán insubsanables con el paso del tiempo, salvo que la norma infringida establezca un efecto distinto en caso de contravención. (**STS de 21 de noviembre de 2007**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos.]

HECHOS.—El 25 de abril de 1996 se aprobaron en Junta de Propietarios los acuerdos de liquidación de cuentas del ejercicio de 1995 de la comunidad de propietarios de la Calle M.

Don S. interpuso demanda impugnando dichos acuerdos el día 24 de mayo ante el Juzgado de Guardia, un día antes de finalizar el plazo de caducidad para la acción de impugnación de acuerdos, que es de treinta días (art. 16.4 LPH). El escrito ingresó efectivamente en el Juzgado competente el día 27 de mayo, fuera del plazo.

Don S. impugna los acuerdos adoptados en dicha junta por ser contrarios a la Ley, pues modificaban subrepticamente los porcentajes que le correspondían en las partidas de gastos sin su consentimiento, solicita así se dicte sentencia modificando dichos porcentajes.

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda. Don S. interpone recurso de apelación que es estimado por la Audiencia Provincial. Finalmente, el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación y casa la sentencia recurrida. (A. M. C. S.)

**70. Propiedad intelectual. Señal televisiva emitida por los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles. Jurisprudencia: STS de 16 de abril de 2007.**—La sentencia citada ha supuesto un justificado cambio de jurisprudencia, que ha adecuado la armonización y unificación de la interpretación jurisprudencial del artículo 20.1 TRLPI al Derecho Comunitario, tras el pronunciamiento realizado al respecto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en S. de 7 de diciembre de 2006. Nada obsta a que la interpretación de la STJCEE se refiera a una Directiva, la 2001/29/CE

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 LPI española).

**Pronunciamiento en el mismo sentido.**—Hay retransmisión porque el hotel recepciona 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 recepcionar 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. No hay retroactividad normativa ni se afecta a la *perpetuatio actionis*. **(STS de 15 de enero de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—EGEDA demanda al hotel C.M., S.A. (después A., S.A.) por venir realizando actividades de comunicación pública de obras audiovisuales a través de los televisores instalados en las habitaciones de los huéspedes y no haber solicitado autorización de EGEDA ni haber abonado el preceptivo canon. EGEDA solicita la suspensión de dichas actividades de retransmisión, la expresa prohibición de reanudarlas en tanto no fuese autorizado por la parte actora, y el pago de la indemnización por la realización de las mismas. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial desestima la apelación planteada ante ella. (S. M. S.)

**71. Propiedad intelectual. Señal televisiva emitida por los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles. Legitimación activa: jurisprudencia: STS de 16 de abril de 2007.**—No procede la estimación de la excepción de falta de legitimación activa de la demandante, puesto que la misma viene determinada por la Ley (art. 150 TRLPI y art. 135 LPI de 1987) y, habiéndose aportado junto con la demanda, certificado de los Estatutos de la EGEA y del Ministerio de Educación y Cultura por el cual EGEDA está autorizada por Orden Ministerial de 29 de octubre de 1990 para gestionar los derechos de propiedad intelectual de productores audiovisuales conforme a lo dispuesto en los artículos 132 LPI 1987 y 142 del TRLPI aprobado por RDLeg 1/1996, de 12 de abril.

**Indemnización derivada de tarifas generales de EGEDA: injustas por unilaterales, abusivas, contrarias a Derecho e injustas; falta de equidad de las tarifas: no se aprecia.**—El importe de la explotación de este bien ajeno (disfrute de una obra del espíritu) ha de ser valorado como componente de industria. Si al usuario no le interesa, no usará o no contratará, pero lo que no puede desde la perspectiva del Estado de Derecho es no pagar el uso de un derecho ajeno, como tampoco puede negarse porque piensa que la tarifa es abusiva, si entiende esto último, no contrate o no use o intente negociar.



Por otra parte no aporta el recurrente datos o elementos de cotejo o comparación para poder inferir que la contraprestación supone, en este caso, un abuso; como tampoco justifica que extrajudicialmente haya intentado negociar con unas cantidades inferiores que considere justas y que pudieran servir para conocer el criterio del recurrente sobre este punto. El precio de la comunicación pública ha de venir determinado por dos criterios: el pacto de la gestora, en este caso, con el hotel demandado, o, fuera de este caso, como en realidad ocurre, con asociaciones de hoteles; y a falta de este pacto el precio vendrá fijado, en principio, por las tarifas que la gestora comunica simplemente al Ministerio de Cultura. Pero ello no quiere decir que las tarifas, sin más, hayan de prevalecer frente a una oposición de los obligados al pago, toda vez que la Ley exige que las mismas se atengan a criterios equitativos (arts. 108, 116, 122 TRLPI/1996). La invocación a la equidad no puede implicar que la fijación de la indemnización debida quede simplemente al arbitrio del Juez. No es, en nuestro ordenamiento positivo, la equidad sino un criterio general en que deberá ponderarse la aplicación de las normas, pero sin que tal elemento de interpretación y dulcificación del derecho por la ética pueda fundar, por sí solo, una resolución judicial (art. 3 CC). No puede razonablemente considerarse abusiva la aplicación de las tarifas formuladas, a falta de acuerdo, cuando se reducen a la utilización real de la comunicación pública, por referirse a habitaciones y apartamentos «ocupados». (**STS de 15 de enero de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñán.]

HECHOS.—EGEDA demanda al balneario «BPV, S.A.» porque venía realizando actividades de comunicación pública de obras audiovisuales al retransmitir por cable, a las distintas habitaciones y apartamentos del establecimiento hotelero explotado por la misma señales de entidades de radiodifusión, así como de las obras y grabaciones audiovisuales contenidas en los correspondientes programas, todo ello sin autorización de la actora y sin haber abonado el preceptivo canon. Por ello, EGEDA reclamaba la suspensión de dichas actividades, la expresa prohibición de reanudarlas en tanto no fuese autorizado por la actora y el pago de la indemnización por la realización de las mismas. El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda. La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia apelada. (*S. M. S.*)

**72. Propiedad intelectual y competencia desleal.**—No hay cuestiones sustantivas en el recurso planteado.

**Vulneración del derecho a la intimidad: no se aprecia.**—Concurren intereses de la otra parte, de relevancia constitucional. El artículo 3 de la LCD/1991 admite expresamente que las diligencias preliminares se extiendan «a todo ámbito interno de la empresa». La entrada en el domicilio de la recurrente estaba justificada por una autorización judicial, dictada en aplicación del artículo 24 de la LCD/1991.

**Carga probatoria: artículo 1214 CC: no se infringe.**—La infracción del artículo 1214 CC. sólo puede invocarse con fundamento en caso de una incorrecta identificación de la parte que ha de soportar las consecuencias de que permanezcan dudosos hechos relevantes para la decisión, no cuando los mismos se hayan declarado probados.

**Valoración de la prueba pericial: derogado el artículo 1243 CC: No se infringe.**—Al valorar el dictamen pericial sobre la infracción de la base de datos de jurisprudencia, atribuyéndosele su sentido literal, lo que hizo el tribunal fue declarar infringido el derecho *sui generis* de la actora sobre la base de datos de legislación tras valorar otras pruebas asimismo practicadas, en particular las actas notariales aportadas con la demanda. **(STS de 30 de enero de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrandiz Gabriel.]

HECHOS.—E.A., S.A. había imputado a la demandada, D.W.E., S.A., una imitación de sus prestaciones, desleal por el indebido aprovechamiento de reputación y esfuerzo, y la extracción y reutilización no autorizadas de las estructuras mediante las cuales se expresaban la selección y la disposición de los datos almacenados en las bases, con apropiación y difusión al público del contenido total o sustancial de las mismas. (S. M. S.)

**73. Compraventa de vivienda hipotecada: el adquirente tiene la consideración de tercer poseedor.**—La Sala Primera del Tribunal Supremo recuerda en la presente sentencia que el adquirente de un bien hipotecado, ajeno a la relación obligatoria asegurada con una hipoteca y que no asume la deuda garantizada como propia, recibe la denominación de tercer poseedor.

Asimismo nuestro Alto Tribunal aclara que el hecho de que los compradores retengan parte del precio pactado para el pago de la obligación garantizada con la hipoteca no implica que éstos pierdan su condición de terceros reconocida en el artículo 114 LH y tampoco significa que estemos en presencia de una asunción de deuda por los compradores con efectos liberatorios para el vendedor (deudor hipotecario). **(STJ de 13 de diciembre de 2007;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

HECHOS.—En 1991 el matrimonio formado por I. y M. adquiere la propiedad de una casa. Dicho inmueble estaba hipotecado para garantizar el importe de dos obligaciones al portador (siendo los deudores los vendedores J. F., J. y A.).

En la escritura pública de compraventa los cónyuges compradores retienen del precio convenido determinada cantidad para satisfacer la obligación garantizada con hipoteca y los gastos de cancelación y se pactó expresamente que los compradores se subrogaban solidariamente en el cumplimiento de la obligación hipotecaria garantizada por el inmueble.

P., en su condición de tenedor de la obligación hipotecaria al portador interpone una demanda en 1995 contra los vendedores (deudores hipotecantes: J.F., J. y A.) y los compradores (I. y M.), solicitando se condene solidariamente a los demandados a pagar el principal y los intereses de la obligación hipotecaria al portador que ostenta el demandante.

El Juzgado de Primera Instancia estima parcialmente la demanda. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación interpuesto por los demandados I. y M., revocando parcialmente la sentencia apelada. El Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación interpuesto. (M. J. P. G.)

**74. Alteración de una servidumbre de paso.**—El Tribunal Supremo ha declarado en varias ocasiones que, en materia de servidumbres voluntarias, es fundamental que el título constitutivo determine su constitución y modo de ejercicio. Dichos aspectos no son modificables por la sola voluntad del dueño del predio dominante. La aplicación al predio sirviente de obligaciones más gravosas o su menoscabo generaría, no la aplicación de la normativa del artículo 598 CC, sino las consecuencias complementarias del artículo 543, tendente al restablecimiento de la servidumbre a sus precisos términos y alcance (STS de 29 de mayo de 1979). Conforme al artículo 543 CC, el dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero no alterarla ni hacerla más gravosa (STS de 2 de marzo de 2005). (STS de 31 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Román García Varela.]

HECHOS.—La comunidad de propietarios de la finca 01 demandó a don A, con la pretensión de obtener la eliminación de una puerta a la calle en la finca 01, que impide el acceso al patio interior del inmueble de la actora a través de un pasillo o galería, sobre el que el demandado, propietario de un local y un almacén en el mismo edificio, goza de una servidumbre de paso hasta sus dependencias, donde se encuentra la puerta litigiosa en el punto de comunicación con la vía pública. Entre otras justificaciones, se fundamenta la pretensión en la necesidad de dar curso por dicho pasillo a los conductos de gas natural pendientes de instalación.

El Juzgado de Primera Instancia rechazó la demanda, al entender que la colocación de la puerta beneficiaba a ambas partes, y su sentencia fue revocada en grado de apelación por la Audiencia Provincial, que estimó parcialmente las peticiones, condenando al demandado a la eliminación de la puerta señalada. Don A interpuso recurso de casación contra la anterior resolución. El Tribunal Supremo considera que la instalación de la puerta por el demandado afecta y perturba los derechos dominicales de la comunidad, pues lleva consigo la pérdida o limitación de un elemento común, mediante la traba de discurrir por dicho sitio. Como la colocación de la puerta altera y agrava la servidumbre, esta circunstancia lleva como consecuencia el restablecimiento de la servidumbre a sus primitivos términos y alcance. De ahí que el Tribunal Supremo termine por declarar no haber al recurso planteado por el demandado. (S. L. M.)

**75. El retracto de colindantes. Concepto y plazo de caducidad.**—El retracto legal se define como el derecho que, por ley, tienen ciertas personas en determinadas situaciones, para adquirir la cosa que fue objeto de un contrato de compraventa, subrogándose en el lugar del comprador. No supone una subrogación en sentido propio, sino más bien una venta forzosa por parte del comprador al retrayente. Se trata de limitaciones impuestas a la propiedad rústica que, aunque puedan redundar en provecho de particulares, están motivadas por el interés general (SSTS de 2 de febrero de 2007, 12 de febrero de 2000 y 20 de julio de 2004). En la medida en que supone una limitación a la libre disponibilidad de los bienes por su propietario y una excepción al principio de libertad de contratación, es objeto de una rigurosa regulación legal y merece una interpretación restrictiva, pues implica que quien ha

adquirido una finca por compraventa o dación en pago, pierde la propiedad en virtud de una disposición legal que le impone su transmisión a un tercero, quedando sin efecto su adquisición. De ahí que se establezca un breve plazo de caducidad de nueve días para su ejercicio (art. 1524 CC).

Sin embargo, la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, contiene una ampliación extraordinaria de dicho plazo de caducidad: un año contado desde la inscripción de la venta en el Registro de la Propiedad, salvo que antes se notifique fehacientemente a los propietarios de las fincas colindantes la venta de la finca, en cuyo caso el plazo será de sesenta días contados desde la notificación (art. 27). Si el ejercicio del retracto según las condiciones impuestas por el Código civil ya merece un tratamiento restrictivo por las razones señaladas, aún mayor habrá de ser la rigurosidad en estos supuestos. De ahí que el presupuesto que habilita para el ejercicio del retracto en tales condiciones, que consiste en que la explotación que se lleva a cabo en la finca del retrayente sea de carácter prioritario, ha de existir en el momento en que nace el derecho a retraer (cuando se produce la compraventa o dación en pago que origina ese derecho). Tratándose del supuesto especial de la Ley indicada, en el momento de posible ejercicio del retracto, la explotación ha de gozar de tal carácter, otorgado por calificación administrativa cuando se cumplen los requisitos de los artículos 4 a 6 de la Ley. Dicho caso deberá haber accedido al Catálogo General de Explotaciones Prioritarias, creado por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, que establece el artículo 16 de la Ley como medio para acreditar, frente a los compradores, el ejercicio del derecho al amparo de la Ley especial, pues no puede imponerse a éstos la carga de tener que comprobar si el retrayente cumple con tales condiciones legales para saber si se está o no obligado a acceder al retracto en tales términos. **(STS de 4 de febrero de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Cancellor.]

HECHOS.—Los actores A, B, C y D interpusieron demanda de retracto contra X y Z, con fundamento en los siguientes hechos: a) Ser propietarios por herencia de la finca 01; b) Que la explotación que se realiza de la finca tiene la condición de Explotación Agraria Prioritaria en los términos previstos en la Ley 19/1995, de 4 de julio, cumpliendo los requisitos legalmente exigidos y figurando inscrita en el Catálogo de Explotaciones Agrarias Prioritarias de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, según Resolución de 15 de septiembre de 1997; c) La finca de los actores linda con la finca 02, adquirida por los demandados X y Z en virtud de escritura pública de compraventa de 25 de noviembre de 1996, habiendo sido inscrita la transmisión en el Registro con fecha de 13 de enero de 1997; d) Los actores han tenido conocimiento de la venta a través del Registro, ya que la misma no les fue comunicada, y ejercen su derecho de retracto dentro del año siguiente a la inscripción registral de dicha transmisión, como autoriza el artículo 27 de la Ley anterior.

El Juez de Primera Instancia estimó la demanda y declaró haber lugar al derecho de retracto sobre la finca 02 a favor de los actores. Contra dicha resolución interpusieron los demandados recurso de apelación, que fue desestimado por la Audiencia Provincial al establecer que la consideración se tiene desde que se cumplen los requisitos de los artículos 4 a 6, y no desde la inclusión en el catálogo, si

bien ésta sirve como prueba inequívoca de acreditación de la condición de la finca.

Esta resolución fue recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, alegando la infracción del artículo 16, párrafos 1 y 3, de la Ley 19/1995, y que la condición de explotación prioritaria, a efectos de disfrutar de los beneficios establecidos en la ley, sólo se tiene en virtud de la calificación e inscripción administrativa que así lo declare. A juicio del Alto Tribunal, en referencia al momento de la venta sobre la que se pretende que opere el retracto, no sólo los retrayentes no contaban con tal calificación administrativa, sino que ni siquiera la habían solicitado. En consecuencia, el momento a tener en cuenta para definir los derechos y obligaciones que derivan del retracto legal es el de la venta o dación en pago al tercero demandado del retracto. Y en tal fecha, la explotación que llevaban a cabo los actores no estaba calificada como de prioritaria, por lo que no podía ser considerada como tal a los efectos del ejercicio del derecho de retracto. De lo anterior se deriva que el ejercicio del retracto se produce de forma extemporánea, tanto conforme al Código civil como a la normativa especial. De ahí que se declare haber lugar al recurso. (S. L. M.)

**76. Doble inmatriculación. Definición.**—La doble inmatriculación se produce cuando una misma finca aparece inscrita en dos folios diferentes e independientes uno del otro, de modo que ambas inscripciones reflejan dos fincas absolutamente idénticas o una de ellas se encuentra superpuesta respecto de la otra.

**Doble inmatriculación. Determinación de la titularidad preferente.**—La STS de 25 de mayo de 1995 resume la doctrina jurisprudencial al respecto estableciendo los siguientes principios: 1. No se pueden dar fórmulas genéricas aplicables a todos los casos; 2. Procede atender primeramente a las normas de Derecho civil, con prevalencia sobre las de Derecho hipotecario, dando preferencia a la titularidad material sobre la formal; 3. La preferencia entre dos títulos inscritos debe buscarse en el título civil originario de la adquisición, es decir, alguno de los enumerados en el artículo 609 CC; 4. Sólo cuando no pueda determinarse la preferencia con arreglo a la norma de Derecho civil, se acudirá a los principios registrales, que puedan servir para completar o reforzar las titulaciones, añadiendo un soporte suplementario.

En definitiva, la jurisprudencia ha sentado como criterio prevalente el de la aplicación de las normas de Derecho civil puro para los casos de doble inmatriculación (véase, entre otras, las SS de 30 de diciembre de 1993, 30 de septiembre de 1994, 28 de enero de 1997, 18 de diciembre de 2000 y 11 de octubre de 2004).

**Título de dominio: no lo es la división de comunidad.**—La división de comunidad no constituye un título originario de dominio, pues éste vendría constituido por el propio de la comunidad. (STS de 12 de febrero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**—El objeto del presente litigio está constituido por un lado, por la finca núm. 002, cuyo titular registral es el actor, también recurrente en casación; y, por otro lado, por las fincas núms. 008, 009 y 010. Estas últimas son el resultado de las sucesivas

segregaciones y agrupaciones realizadas a partir de la finca núm. 003 que, según la tesis del actor, habrían producido una doble inmatriculación.

El Tribunal Supremo no aprecia doble inmatriculación debido a la falta de acreditación por parte del actor de una prueba pericial acreditativa de la coincidencia entre las fincas.

El Alto Tribunal, no obstante, se detiene en el análisis de cuál sería la titularidad preferente en caso de haberse acreditado la doble inmatriculación. A este respecto, considera que son los demandados quienes ostentan el título preferente y ello por las siguientes razones. El actor afirma que su título de dominio está constituido por la escritura de disolución de comunidad en la que se otorgaba la finca núm. 002 por segregación de la núm. 017; sin embargo, la división de comunidad no constituye un título originario de dominio, pues éste vendría constituido por el propio de la comunidad. Los demandados, sin embargo, ostentan un título que deriva en correcta secuencia registral de la finca núm. 003, que perteneció al padre del actor y, tras diversas transmisiones, fue adquirida por don J.M. en el año 1958, dando lugar a la inscripción 4.<sup>a</sup> y de él pasó a sus hijos y herederos (demandados en este litigio). (B. F. G.)

**77. Carácter esencial de los requisitos y notificaciones del artículo 131 LH. Buena fe del ejecutante.**—Siguiendo los razonamientos de la sentencia de esta Sala de 2 de febrero de 2007, en los supuestos concretos en que se ha abordado la trascendencia de la comunicación en el procedimiento del artículo 131 LH y la indefensión que se deriva de su incumplimiento, se ha sentado, con carácter general, que «todos los requisitos y notificaciones que contempla el artículo 131 LH tienen la categoría de requisitos esenciales en orden a la tramitación del procedimiento para que el que sirven, cuya regulación, a través del conjunto de reglas que lo integran, no sólo obedece a una mejor realización de los créditos hipotecarios, sino, también, a un propósito de conseguir una adecuada y efectiva protección de los intereses de los deudores» (STS de 5 de mayo de 2005). Tal proclamada salvaguarda de los derechos del deudor ejecutado (también del tercer poseedor), como finalidad inherente al acto de intimación al ejecutado en el procedimiento judicial sumario, se viene reiterando desde antaño por esta Sala (SSTS de 27 de diciembre de 1933 o de 18 de noviembre de 1957). En este sentido se ha sentado, incluso, que «la indefensión se considera ínsita en la violación de las reglas que dan lugar a la nulidad, dada precisamente, la naturaleza del proceso de ejecución que ha de ajustarse, formalmente, al cumplimiento de las mismas en función de la precariedad de medios que tiene el deudor para su defensa» (STS de 8 de febrero de 2005, después recogida por otras de 5 de mayo de 2005 y 14 de septiembre de 2006). Tales apreciaciones entroncan con la relevancia que la jurisprudencia de esta Sala viene otorgando a la buena fe del ejecutante, entendida «como un comportamiento honrado, justo y leal», que implica la honestidad y lealtad en los comportamientos de las partes en la relación jurídica (SSTS de 26 de octubre de 1995, 12 de julio de 2002, 25 de julio de 2000 y 30 de enero de 2003, entre otras muchas).

**Prueba y apreciación de la buena fe del tercero hipotecario. Revisión en casación.**—La sentencia de esta Sala de 7 noviembre 2006 cita la doctrina jurisprudencial sobre la buena fe y se pronuncia en los siguientes términos:

«La apreciación de la buena fe del “tercero”, que se presume mientras no se pruebe que era conocida la inexactitud del Registro (art. 34 LH), queda, en principio, reservada a los órganos de instancia. Así lo ha reiterado esta Sala, concretamente en S de 25 de mayo de 2006, al decir que la buena fe «para poder ser reputada concurrente o no desde el punto de vista subjetivo como del objetivo, debe ser valorada libremente por el Tribunal de Instancia, en relación a unos hechos determinados y dicha valoración ha de ser respetada a no ser que se sitúe en un parámetro de irracionalidad o falta de lógica (SS de 21 de septiembre de 1995 y 24 de mayo de 2000)». La S de 11 de julio de 2005, afirma que «la falta de buena fe, en su aspecto fáctico, es decir, en lo que hace referencia a la fijación de los hechos que permitirían desvirtuar la dimensión negativa “desconocimiento de la inexactitud del registro” o la positiva “creencia de que el transferente es el titular real y puede disponer del derecho”, o al menos crear una racional duda acerca de las mismas o de la exigible diligencia normal o adecuada al caso que hubiera permitido formar el conocimiento preciso, corresponde a los tribunales de instancia “primera instancia y apelación” (SS, entre otras, 23 de mayo y 28 de junio de 2002, 17 de febrero y 25 de octubre de 2004), y la revisión de su juicio en casación sólo es posible mediante la denuncia de la conculcación de las normas que rigen la actividad probatoria».

[...] ya se ha recogido la doctrina jurisprudencial sobre la posible revisión en casación de la apreciación que sobre la buena fe del tercero se haya realizado en la instancia, distinguiendo entre los hechos de que se sirve el tribunal *a quo* para deducirla –que se han de mantener en casación salvo que triunfe un concreto motivo sobre error de derecho en la valoración de la prueba– y la propia deducción, que si es revisable en casación al constituir el de «buena fe» un concepto jurídico.

**El «tercero» del artículo 606 CC debe ser de buena fe.**–El segundo (motivo) se refiere a la presunta vulneración de lo establecido en el artículo 606 del CC, según el cual «los títulos de dominio, o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles, que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero», de donde extrae la parte recurrente que el título de propiedad de los actores no puede afectarle negativamente al no haber sido objeto de inscripción registral. Dicha norma se corresponde con la del artículo 32 LH y proclama la inoponibilidad de lo no inscrito frente a tercero, como regla básica que se incluye en la presunción de exactitud registral con dos manifestaciones: el principio de legitimación registral (arts. 1.3, 38.1 y 97 LH) y el principio de fe pública registral (arts. 32 y 34 LH). Pero dichas normas no pueden ser desvinculadas del propio concepto de «tercero hipotecario» comprendido en el artículo 34 LH y, en consecuencia, el «tercero» a que se refiere el artículo 606 CC debe ser de buena fe para poder beneficiarse de la preferencia que la ley concede a su título inscrito frente al que no lo ha sido, y es lo cierto que la sentencia impugnada afirma que tal requisito de la buena fe no concurre en dicha parte. Por ello, el motivo se ha de desestimar. **(STS de 21 de enero de 2008;** no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

**HECHOS.**–Doña Trinidad, doña Yolanda, don Luis Miguel y la entidad I. celebraron una compraventa por la que la entidad les vendía una finca. Ésta estaba gravada con hipoteca a favor de una Caja de Ahorros. La garantía fue ejecutada pero las notificaciones y requerimientos al deudor –la entidad I. – no fueron realizados en forma

pese a lo cual, finalmente, la ejecutante se adjudicó la finca. Posteriormente la Caja de Ahorros vendió el inmueble a la compañía C. que, a su vez, la vendió a doña Pilar. Para su adquisición recibió ésta última –doña Pilar– de la Caja de Ahorros y Pensiones de B. un préstamo garantizado con hipoteca sobre la finca en cuestión. Doña Trinidad, doña Yolanda y don Luis Miguel solicitan del Juzgado declaración de nulidad del procedimiento del artículo 131 LH desde el momento en que debieron hacerse el requerimiento de pago y las notificaciones prevenidas en el precepto más la de las transmisiones subsiguientes junto a la declaración de su derecho de propiedad sobre el inmueble. La sentencia del Juzgado estimó íntegramente la demanda. La Audiencia –que desestimó el recurso de la Caja de Ahorros, la compañía C. y doña Pilar– acogió parcialmente la apelación de la Caja de Ahorros y Pensiones de B. Interponen recurso de casación las promotoras de las apelaciones desestimadas combatiendo la Caja de Ahorros la nulidad del procedimiento hipotecario seguido y afirmando la compañía y doña Pilar su condición de terceros hipotecarios con el fin de quedar a salvo de las consecuencias de la declaración de nulidad del procedimiento. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar. (R. G. S.)

## DERECHO DE FAMILIA

**78. Unión de hecho: régimen jurídico; fallecimiento del conviviente: mantenimiento de uso de la vivienda propiedad del otro; acción de desahucio por precario instada por sus herederos ab intestato; indefensión; aceptación de herencia.**—El recurrente alega indefensión por haberse admitido la escritura de aceptación y adjudicación de herencia por los demandantes con posterioridad a la presentación de la demanda, lo que desestima la Sala, señalando que habiendo sido declarados los demandantes como herederos ab intestato, la aceptación de la herencia se produjo de forma tácita, al menos desde el momento de presentación de la demanda y que la reivindicación de bienes que pertenecen a la masa hereditaria ha sido considerada como un acto que supone la aceptación tácita de la herencia, forma perfectamente admitida por el artículo 999 Cc, citando las STS de 12 de julio de 1996 y de 20 de enero de 1998.

Alegado por el recurrente la infracción de la jurisprudencia sobre unión de hecho, con cita de las STS de 10 de marzo de 1998 y 16 de diciembre 1996, mantiene la Sala que la misma no resulta aplicable al presente supuesto al referirse a las relaciones entre los convivientes y no a las que puedan plantearse entre el conviviente supérstite y los herederos del premuerto, que falleció sin haber otorgado testamento ni favorecer de ningún modo al supérstite, por lo que no puede considerarse que el demandado ostente ningún título que le permita mantener la posesión de la vivienda.

En relación con el tercer motivo en el que se denuncia la infracción del artículo 1214 CC al no haber considerado la Audiencia como hecho concluyente frente al precario la propia convivencia *more uxorio*, la Sala lo desestima porque el citado precepto no contiene una regla valorativa de la prueba, ni resulta invocable contra una apreciación conjunta de la prueba con cita de las SSTS de 30 de mayo de 1994 y 1 de marzo 1954.



Por último, se desestima el cuarto motivo en el que se plantea la aplicación analógica de las normas del Código civil sobre la legítima del cónyuge viudo, por representar una cuestión nueva. (**STS de 27 de marzo de 2008**; no ha lugar.) [Ponente Excma. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

HECHOS.—Doña P vivía con don A, constituyendo una unión de hecho. El piso en el que convivían era propiedad de Doña P y ambos mantenían su independencia económica y separación de patrimonios. Fallecida doña P, don A siguió ocupando la vivienda pese a que los herederos, declarados ab intestato, le requirieran para abandonar la vivienda por no ostentar ningún título, a lo que aquel opuso que además de constituir pareja de hecho con la difunta, había pagado también gran parte del precio. Los herederos de doña P, declarados ab intestato y antes de proceder a la aceptación y adjudicación de la herencia, ejercitaron frente a don A la acción de desahucio por precario en procedimiento de menor cuantía demandando la indemnización correspondiente por los días que había ocupado la vivienda.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia en la que tras desestimar la excepción de falta de legitimación activa, al entender que los demandantes eran titulares de la vivienda a pesar de no haberse procedido a la aceptación y adjudicación de la herencia, desestimó también la demanda porque constando la existencia de una unión de hecho la posesión no se fundaba en la mera tolerancia sino en título distinto de aquella. Recurrida en apelación por los herederos de doña P, la Audiencia Provincial dictó sentencia revocando la de instancia y estimando la demanda condenó a don A al abandono de la vivienda y a indemnizar a los demandantes por el tiempo que había ocupado aquella.

Se interpuso recurso de casación por el demandado, don A fundado en cuatro motivos (infracción de los artículos 506 y 504 LEC en relación con el 24 CE; infracción de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre unión de hecho; infracción del artículo 1214 CC; infracción de los arts. 1.1, 1.4, 4.1 en relación con el artículo 834 CC), todos ellos desestimados por la Sala. (C. S. R.)

**79. Gananciales: arrendamiento con opción de compra a favor de los cónyuges: legitimación a favor del marido: medidas provisionales de separación.**—El artículo 1385.2 CC legitima a cualquiera de los cónyuges para el ejercicio de la defensa de los bienes comunes por vía de acción o de excepción; para la correcta resolución de este recurso se debe partir del hecho incontrovertido de la concesión a ambos cónyuges para su sociedad de gananciales del derecho de opción de compra de un piso propiedad del padre de la esposa, que después fue vendido a una tercera persona por los herederos del propietario, entre los que figuraba la propia titular del derecho de preferencia; por tanto, el derecho de opción de compra era un bien ganancial que había sido perjudicado por los herederos del concedente; en estas circunstancias hay que concluir que el marido estaba efectivamente legitimado para el ejercicio de la acción que da lugar a este recurso, porque actuaba en beneficio de la sociedad en cuyo patrimonio se encontraba dicho derecho. La sociedad de gananciales no se ha disuelto con el auto de medidas provisionales previas

a la separación, sino cuando se pronuncie sentencia estimatoria, en cuyo momento se aplicarán los artículos 83 y 95 CC, que no es el caso aquí. Es doctrina jurisprudencial que en los aspectos de reclamación o ejercicio de acciones que tienden a beneficiar a la sociedad conyugal, la actuación por uno de los consortes es suficiente, sin que sea preciso para ello que tengan que actuar al unísono ambos componentes de la comunidad conyugal (SSTS de 7 de julio de 1994, 14 de febrero de 2000 y 7 de febrero de 2005).

**Demanda dirigida contra la esposa en su calidad de concedente de la opción: actuación fraudulenta perjudicial para la sociedad.**—La esposa cometió fraude en perjuicio de la sociedad ya que, pese a saber que la sociedad adelantó cantidades a cuenta del precio para cuando se ejercitara la opción, unilateralmente las dejó perder en perjuicio de la propia sociedad, y que debería haber recuperado cuando el piso se vendió a tercera persona. Es evidente que la actuación de la esposa, en su cualidad de heredera del padre concedente de la opción y, por tanto, cedente ella misma, ocasionó claramente un perjuicio a la sociedad de gananciales de la que formaba parte; su legitimación pasiva se encuentra en el título de heredera de su padre que la convierte en concedente de la opción por derecho de sucesiones.

**Lucro cesante: no se ha justificado en la conducta de la compradora del piso.**—El lucro cesante consiste en la ganancia que ha dejado de obtener el acreedor, y no se ha probado en el presente caso. La responsabilidad a que hipotéticamente hubiera quedado sujeta la compradora del piso hubiera sido la del artículo 1902 CC, al no ser parte en el contrato de opción vulnerado. El incumplimiento de la opción de la compra no puede serle imputable, puesto que, si bien conoció la existencia del referido contrato por habérselo comunicado los herederos del concedente de la opción, no se ha probado que su conducta haya producido el denunciado incumplimiento. Además la concesión de una opción de compra no elimina la facultad de disposición de los concedentes (SSTS de 30 de septiembre de 1989, 7 de mayo de 1996 y 5 de junio de 2006), ni determina, por eso mismo, la nulidad del contrato efectuado vulnerando el derecho de opción. (**STS de 12 de marzo de 2008**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.]

**HECHOS.**—Partiendo de un negocio jurídico relativamente sencillo, y hasta habitual, como es el arrendamiento de un piso con opción de compra que el padre de la esposa otorga durante tres años al matrimonio, se interfieren acontecimientos de diverso signo, fallecimiento del padre, separación de hecho de los cónyuges seguida de sentencia, intento de ejercer la opción por el marido dentro de plazo, que se frustra al venderse por los herederos el piso a tercera persona, lo que cambia el sentido de la demanda que, en definitiva, interpone el marido (resolución de la opción con indemnización) contra la compradora, su esposa y demás hermanos de ésta en calidad de herederos del concedente de la opción. No consta la fecha de la boda, pero sí que el matrimonio arrendatario hizo obras de modernización en el piso alquilado por valor que excedió de 9 millones pesetas y que obligó a los cónyuges a pedir diversos préstamos, que, al iniciarse este pleito, estaban sin reembolsar. Plenamente de aprobar la doctrina sobre la legitimación activa y pasiva de ambos cónyuges. Entre la separación de hecho y la adopción de medidas previas discurre poco más de medio año por lo cual no parece razonable aplicar la doctrina jurisprudencial de extinción de

la sociedad por separación definitiva e irreversible de los cónyuges. En realidad, el marido ha optado por la otra vía contemplada por la jurisprudencia (véase extractada en este fascículo del ADC, la STS de 21 de enero de 2008. (G. G. C.)

**80. Gananciales: el régimen se disuelve al adquirir firmeza la sentencia de separación.**—Debe aplicarse la regla general de acuerdo con la que la disolución del régimen económico matrimonial tiene lugar cuando exista sentencia firme de separación o divorcio, según el artículo 95.1 CC. En este caso la firmeza de la sentencia no se produjo hasta que la S del Juzgado de Primera Instancia no fue confirmada por la Audiencia Provincial, momento que ocasionó la disolución del régimen; sentencia firme es aquella contra la que no procede recurso alguno, ya sea por su propia naturaleza, ya sea por haberlo consentido las partes (art. 369 LEC, en relación con art. 245, 3.º LOPJ). En concreto, esta Sala ha venido entendiendo que los efectos de la separación con relación a la disolución del régimen económico matrimonial vienen referidos a la sentencia firme de la separación matrimonial, lo que se desprende de los artículos 95.1, 1392, 3.º, y 1394 CC que preceptúan que la sociedad de gananciales *concluirá de pleno derecho cuando judicialmente se decrete la separación de los cónyuges* (SSTS de 4 de abril de 1997, 31 de diciembre de 1998, 30 de enero de 2004 y 26 de junio de 2007). Por tanto, recurrida la sentencia del Juzgado de Primera Instancia en el procedimiento de separación de los cónyuges, ésta no quedó firme hasta la dictada en apelación, por lo que el régimen no se extinguió hasta la firmeza de esta última.

**Indemnización por despido: ganancialidad.**—Según STS de 26 de junio de 2007, existen dos elementos cuya concurrencia permite declarar que una determinada prestación relacionada con los ingresos salariales, directos o indirectos, deba tener la naturaleza de bien ganancial o, por el contrario, es bien privativo: a) la fecha de percepción de estos emolumentos, a saber, si se perciben antes o después de la disolución del régimen; y 2.º) hay que distinguir entre el derecho a cobrar estas prestaciones, que es un componente de los derechos de la personalidad, que no es ganancial por ser intransmisible (SSTS de 25 de marzo de 1988 y 22 de diciembre de 1999), mientras que los rendimientos de estos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad, tendrán tal carácter; en efecto, la indemnización constituye una compensación por el incumplimiento del contrato, y por ello va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato siempre que se hayan producido vigente la sociedad, mientras que el derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo no ha quedado lesionado por el despido. En todo caso, y a la vista de que esta indemnización se calcula sobre la base del número de años trabajados, no deben tener naturaleza ganancial las cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales.

**Presunción de ganancialidad.**—No se puede destruir la presunción de ganancialidad si no hay una prueba cumplida, según ha señalado la jurisprudencia que ha mantenido el carácter *iuris tantum* de la presunción, y ha exigido que la prueba sea *satisfactoria y concluyente* (SSTS de 9 de junio de 1994, 20 de junio de 1995, 29 de septiembre de 1997 y 17 de octubre de 2007); en concreto la STS de 24 de febrero de 2000 dice que no basta con una prueba indiciaria, sino *expresa y cumplida*. (STS de 18 de marzo de

**2008**; ha lugar en parte.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.] (G. G. C.)

**81. Sociedad de gananciales: extinción por separación de hecho: doctrina general.**—La doctrina de esta Sala sobre la finalización de la sociedad de gananciales por la separación de hecho de los cónyuges parte de las SSTS de 13 de junio de 1986 y 17 de junio de 1988, destacándose que el fundamento de la sociedad es la convivencia mantenida entre los cónyuges; doctrina reiterada por STS de 27 de enero de 1998, según la cual *la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges*, y por la de 14 de marzo de 1998; en igual sentido se pronuncian las SSTS de 24 de abril y 11 de octubre de 1999, afirmando esta última que *no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales*, y que no se puede exigir en tales casos la declaración judicial *para estimar extinguida la sociedad de gananciales* (en igual sentido SSTS de 26 de abril de 2000 y 4 de diciembre de 2002). En consecuencia debe entenderse que, producida de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges no se integran en la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de cualquiera de los citados cónyuges a instar su extinción en los términos previstos en el artículo 1393.3.º CC, así como la facultad que les asiste para solicitar las medidas oportunas de carácter económico previas a la solicitud de separación o divorcio. Nada obsta en el presente caso a que durante la separación otorgase testamento ológrafo estableciendo a favor de su legal esposa, no sólo la cuota viudal sino el tercio de libre disposición, pues ello puede responder a diversas razones, incluso de compensación económica, o incluso como resulta muy frecuente, de mantenimiento *ad extra* de una apariencia de normalidad familiar; al igual que sucede con la atribución expresa de carácter ganancial de la nuda propiedad del piso adquirido en situación de separación de hecho, cuando el usufructo lo adquiriría la mujer con la que convivía.

**Entregas de dinero a favor de la conviviente durante la separación de hecho: no son gananciales.**—Se declara probado que desde 1988 existía separación de hecho entre los cónyuges y que el marido convivió con otra mujer hasta su muerte, la cual ha sido demandada; que después de la separación se produjeron entregas de dinero a favor de esta última que exceden de 46 millones de pesetas siendo claro que lo entregado a la demandada no disminuyó el caudal de la sociedad de gananciales por no haber entrado a formar parte de la misma, como, a mayor abundamiento, tampoco pertenecieron a la misma las cantidades superiores a los 250 millones pesetas procedentes de actividades profesionales que ingresaron en sus cuentas bancarias en idéntico periodo. (**STS de 21 de febrero de 2008**; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.]

NOTA.—La viuda, en nombre propio y en interés de los demás herederos de su difunto esposo, solicita se declare la nulidad radical y absoluta de diversas entregas de dinero realizadas durante los dos últimos años de la vida de aquél, que en total superaban la suma de 46 millones de pesetas todas ellas a favor de la mujer con la que convivía desde que se separó de hecho. La demanda fue estimada en ambas instancias, pero el Tribunal Supremo ha estimado el

recurso interpuesto por la mujer conviviente, con base en la doctrina extractada. Las singulares y atípicas relaciones mantenidas por el marido con la familia legal, y recogidas en el testamento ológrafo otorgado por aquél (se supone que elevado a escritura pública), así como el desahogado nivel de vida que al parecer mantuvo, especialmente durante ese lapso de tiempo, permiten dudar de las razones alegadas por el Tribunal Supremo para aplicar, a rajatabla, la conocida doctrina jurisprudencial sobre extinción de la sociedad de gananciales por separación de hecho. En los dos años postreros de su vida parece claro que el marido quiso asegurar la futura situación patrimonial de su pareja de hecho. Quizá, por ello, la acción pertinente, en este caso, hubiera sido otra distinta de la ejercitada; por ejemplo, una acción sucesoria que hubiera intentado integrar en el caudal relicto del causante, en todo o en parte, las cuantiosas sumas aquí reclamadas. (G. G. C.)

**82. Gananciales: liquidación: validez de la renuncia previa a la acción de rescisión por lesión.**—Tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado que puede mantenerse la validez de la renuncia cuando no concurre un vicio de la voluntad o cualquier causa que pueda producir la nulidad de los negocios jurídicos. Así, en cuanto a las realizadas en convenios reguladores la jurisprudencia ha admitido su validez siempre que tengan las características de ser claras, terminantes o deducidas de hechos o actuaciones de interpretación unívoca, no dudosa o incierta (SSTS de 22 de febrero de 1994, 6 de marzo de 2003 y 17 de marzo de 2006); en el caso resuelto por la primera sentencia se trataba de una liquidación y división de sociedad de gananciales en que se ha dado a los bienes y a los lotes un valor convenido, se ha tenido tiempo de notificarla o enmendarla antes del otorgamiento de escritura pública, y no se ha hecho, y el recurrente la ha consentido y firmó libremente, pues no se han probado sus afirmaciones de coacciones para hacerlo; en la segunda Sentencia después de señalar que no había existido desequilibrio económico, se dice que la renuncia es clara y de interpretación unívoca, y, además, se deduce de hechos, actos o conductas relacionadas con la misma, como lo son todas las estipulaciones que se contienen en el convenio y que se han sometido a aprobación jurisdiccional, y contra los propios actos se pretende modificar lo pactado, lo que llevaría también a modificar las resoluciones judiciales aprobatorias en proceso distinto; por último, en la tercera sentencia se admite la renuncia tácita a la rescisión, doctrina aplicable a la de los gananciales por la remisión del artículo 1410 CC.

**Renuncia en convenio regulador homologado.**—Debe entenderse que la renuncia objeto del recurso cumple con los requisitos generales: 1.º porque fue clara y terminante, recíproca y se controló por los organismos judiciales competentes para la homologación del convenio regulador; y 2.º porque la renuncia no produjo en realidad un absoluto cierre a posteriores revisiones de la liquidación efectuada, como ocurrió en realidad en la posterior escritura denominada de capitulaciones matrimoniales, en la que se incluyeron unos bienes que se habían omitido en el convenio regulador. (STS de 19 de marzo de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excm. Sra. Dña. Encarnación Roca Trias.] (G. G. C.)

**83. Gananciales: embargo por deudas a la Seguridad Social: tercera ejercitada por el cónyuge que invoca pacto capitular de separación de bienes: responsabilidad previa de los bienes gananciales.**—Es doctrina jurisprudencial consolidada en la interpretación del artículo 1317 CC, que éste despliega todos sus efectos con independencia de que pueda pedirse la declaración de ineficacia de los capítulos (STS de 25 de septiembre de 2007). Por ello se ha afirmado reiteradamente que no es necesario pedir la nulidad de las escrituras de capítulos matrimoniales, pues aquel precepto establece una responsabilidad *ex lege* inderogable por la voluntad de los particulares, que para nada incide en la validez de las adjudicaciones al disolverse la sociedad, y que, en consecuencia, no se requiere para su efectividad de declaración de ineficacia o de nulidad de clase alguna. El artículo 1317, completado con los artículos 1390, 1403 y 1404 CC, determina que, al conservar los acreedores de los cónyuges sus derechos contra el cónyuge deudor, pueden dirigirse contra los bienes que formaban la masa responsable antes de las capitulaciones, con independencia de cuál de los cónyuges sea su titular después del otorgamiento de las mismas, sin que sea necesaria la declaración de nulidad o el fraude de los acreedores, que constituyen otras vías distintas para obtener un resultado parecido (SSTS de 21 de noviembre de 2005, 1 de marzo de 2006, y 3 de julio de 2007, entre otras). La responsabilidad no se rige por el conocimiento o desconocimiento que la esposa tuviera de la deuda existente, sino por la condición de ganancial del bien que se le adjudicó, afecto a la responsabilidad generada por las deudas contraídas por el cónyuge, que desaparece de la masa al pactar la separación de bienes. **(STS de 6 de febrero de 2008; ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Seijas Quintana.] (G. G. C.)

## DERECHO DE SUCESIONES

**84. Sucesión testamentaria: interpretación de testamento: doctrina general.**—Es doctrina reiteradísima de esta Sala que la interpretación del testamento es facultad de la instancia, que debe ser mantenida en casación, salvo que se demuestre que es ilógica, arbitraria o incurra en evidentes errores de hecho; nada de esto ocurre aquí pues la Sala realiza un minucioso análisis de las pruebas practicadas para sentar los hechos que con firmeza avalan su conclusión de que la testadora no tuvo intención de instituir a sus herederos por partes iguales; razonablemente entiende la sentencia recurrida que si bien en la disposición 6.<sup>a</sup> del testamento expresó la testadora que había procurado la mayor justicia y equidad, ello no es equivalente a igualdad; por otra parte, en la misma disposición es consciente la testadora de que haya diferencias de valor en los lotes, pero ordena que las adjudicaciones deben respetarse sin modificación alguna, y la diferencia de valor ha de ser soportada por quien la padezca con una menor participación en tercios de mejora y libre disposición; en fin, subraya la Audiencia Provincial, la tesis de la actora se contrapone a la conducta de la causante, pues en un testamento ológrafo, luego protocolizado, que redactó el mismo día en que otorgó el notarial abierto, procedió a la partición de sus bienes muebles en base al artículo 1056 CC, y en él los atribuyó desigualmente a los herederos.

**El error, en general, no es causa de nulidad del testamento.**—En absoluto está superado el mandato del legislador, contenido en el artículo 673 CC,

de que el error no es causa de nulidad del testamento; aunque es objeto de agudas controversias en la doctrina si la omisión del mismo en aquel precepto debe ser corregida por una aplicación del artículo 1265 CC en el que se conceptúa como vicio de la voluntad de los contratos; otra cosa es el error en singulares disposiciones de un testamento que el Código civil toma en cuenta, aunque el artículo 743 previene que la ineficacia en todo o parte de las disposiciones testamentarias tendrá lugar *sólo en los casos expresamente prevenidos en este Código*, con lo que implícitamente ordena que el error no las haga ineficaces en los demás casos.

**Error en la partición hecha por la testadora.**—El recurrente invoca el supuesto error sufrido por la testadora al hacer la partición entre sus herederos, sosteniendo que incurría en error al valorar los bienes que componía cada lote, ya que tuvo la voluntad de igualar a todos los herederos. Pero soslaya que la sentencia recurrida lo ha interpretado de manera contraria al negar que la testadora tuviera tal voluntad igualitaria.

**Prueba pericial.**—Ante la discrepancia de los dictámenes periciales sobre la valoración de las fincas, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia optó por el criterio de hallar el valor medio, a partir de los asignados por cada perito, y este criterio lo encuentra racional la Audiencia Provincial. El recurso invoca infracción del artículo 632 LEC, en relación con el artículo 1243 CC. En realidad de lo que se trata es que prevalezca el informe valorativo del informe técnico acompañado por la recurrente a su demanda, en que se efectúa una valoración obviamente favorable a sus intereses, lo que no puede ser aceptado (como prueba documental) por su carácter parcial e interesado, frente al emitido dentro del proceso con todas las garantías legales por los peritos designados de común acuerdo por las partes. **(STS de 29 de enero de 2008; no ha lugar.)** [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.] (G. G. C.)

**85. Legítima: actio ad supplendam: incongruencia.**—Vista la falta de claridad del fallo de la Audiencia Provincial, débese acoger este primer motivo de casación por incongruencia, y asumir la instancia, aunque la causa de aquella falta de claridad radica en el confusionismo de la demanda, confusión que se acrecienta, si cabe, en el recurso de casación.

**Impugnación interpuesta por nieta que hereda en representación de su padre premuerto, frente a sus tíos, hijos del segundo matrimonio de la causante: sucesión testamentaria: cálculo de la legítima: colación.**—Para el cálculo de la legítima se toma en cuenta el valor del *relictum* y el valor del *donatum*, incluyendo las donaciones hechas al padre de la actora (hermano uterino de los demandados), deduciendo lo que los demandados han adelantado ya a la actora; y como mínimo será la condena de la sentencia de primera instancia, a la que se ha aquietado la parte demandada.

**Donación con prohibición de colación: no revocada.**—Esta dispensa de colacionar, fundada en el artículo 1036 CC, no ha sido revocada —en contra de lo que declara la sentencia de la Audiencia Provincial—, ya que no cabe deducir, en perjuicio de la legitimaria, causahabiente del donatario, que se le revocó tácitamente la dispensa de colacionar, deducido de que en el testamento se le deja sólo la legítima estricta; pero lo cierto es que no revocó, pudiendo hacerlo, la dispensa en dicho testamento.

**Pago de la legítima: frutos y rentas.**—No cabe incrementar la cuota de legítima estricta de la demandante con los frutos y rentas producidos por

razón de que no constan probados en los autos de instancia. (STS de 24 de enero de 2008; ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

HECHOS.—El caso hubiera sido —sin especial relieve— uno más de los que suscitan la herencia del cónyuge bínubo, en este caso por razón de viudedad, a no ser por alguna singularidad que el Ponente ha remarcado al referirse a la *demanda larga y confusa, como hay pocas*, y, a su vez, al *recurso de casación tan confuso como la demanda*. Circunstancia que ha originado probablemente la oscuridad del fallo de la Audiencia Provincial, que ha provocado la casación por incongruencia. En el FD 3.º se dice de aquél: «¿Qué significa realmente? No se entiende si es un cálculo que se deja a ejecución de sentencia o es una simple declaración de derechos y, desde luego, no se sabe si debe incluirse en la condena hecha por el Juzgado de Primera Instancia o se declara, además de la condena, sin saber si se ejecuta o no.» La sentencia en su FD 2.º trata de aclarar pedagógicamente los conceptos de cómputo de legítima, impugnación y colación en sentido propio.

La causante al enviudar deja un hijo de su primer matrimonio, que muere al poco dejando a su vez una hija, actora y recurrente. Aquella reitera matrimonio y al fallecer, deja dos hijos de sus segundas nupcias. En su testamento favorece claramente a estos últimos pues, además de la legítima estricta, les atribuye, por partes iguales, los tercios de mejora y libre disposición. En vida realiza donaciones a todos sus hijos, una de ellas con prohibición absoluta de colacionar. Surge un interrogante: en España ¿quién enseña a redactar correctamente los recursos de casación? (G. G. C.)

**86. Reserva lineal: reservista hija extramatrimonial de la madre de quien proceden los bienes: demanda dirigida contra hermana de vínculo sencillo: bienes heredados por el padre, procedentes de otro hermano premuerto fallecido sin descendencia, recibidos *mortis causa* de la causante de la reserva: caracteres generales de la reserva del artículo 811 CC.**—La reserva lineal integra una institución creada *ex novo* por el Código civil con carácter muy extraordinario y para una finalidad muy concreta por lo que, según la mejor doctrina, tiene con relación a ella mayor importancia y utilidad la razón finalista que las consideraciones que pudieran derivarse de su construcción dogmática. La institución, contraria al sistema tradicional de Castilla y con similitudes respecto de los sistemas sucesorios que acogen el principio de troncalidad, viene inspirada en su incorporación al Código civil por Alonso Martínez, en atención a un ejemplo de amplia mención doctrinal que ponía de manifiesto cómo, en caso de no existir tal reserva, el juego de las muertes prematuras e imprevistas podría dar lugar a que bienes que tradicionalmente pertenecían a una línea familiar pasaran a otra, contrariando así las reglas de la lógica más elemental.

**Naturaleza de la obligación de reservar.**—La cuestión nuclear que ha de plantearse en relación con el presente recurso es la de determinar si la obligación de reservar constituye una mera limitación en cuando a la disposición de sus bienes por *el ascendiente que heredare de su descendiente*, la cual queda cumplida por el hecho de su atribución a quien ostenta ya la condición de



reservista o, por el contrario, da lugar a la imposición de una especie de sucesión forzosa e igualitaria para los reservatarios similar a la sucesión intestada, en cuya virtud aquéllos volverían a suceder en cierto modo al primero de los ascendientes a que la norma se refiere en cuanto a determinados bienes. La interpretación que ha de ser considerada como más acorde con la realidad social actual contraria a limitar al causante sus facultades de disposición sucesoria, y con la jurisprudencia de esta Sala, que sostiene la necesidad de que la institución sea objeto de una consideración restrictiva, es la primera, según la cual basta que no pasen los bienes a línea distinta de la originaria para que la institución de la reserva haya cumplido su finalidad. Como señala la STS de 29 de septiembre de 2006, el fundamento del artículo 811 CC está en el *propósito de evitar que los bienes salgan de la línea y vayan a parar a personas extrañas de quienes procedan*; a su vez la STS de 21 de octubre de 1991 se pronunció en el sentido de no ser lícita la interpretación extensiva del artículo 811, ni tratar de llenar sus silencios acudiendo a otras instituciones cuando por ese cauce se obtiene el incremento de la restricción de la libertad de testar, a lo que añadía que *la imposibilidad de disposición «post mortem» debe entenderse como imposibilidad de disposición a favor de parientes distintos de los reservatarios*, sin que pueda sostenerse un principio de absoluta igualdad entre los llamados por ser del mismo grado.

**Carencia de derecho de la hija (no matrimonial) de la causante, que ya la heredó en su momento.**—En el presente caso, fallecido el reservista, cónyuge de la causante de la reserva, quedará ésta satisfecha si los bienes objeto de la misma pasan a los parientes del descendiente del que heredó que estén dentro del tercer grado. Esta solución es más acorde con el principio de libertad testamentaria, y que aquí determina la carencia del derecho que pretende ejercitar la actora, dado que quien finalmente hereda tiene la condición de reservataria siendo hija de la titular originaria de los bienes y hermana de doble vínculo del *descendiente* a que se refiere el artículo 811 CC.

**Costas.**—Se hace uso del artículo 523 LEC 1881, teniendo en cuenta las dudas de derecho que en la práctica ha generado la aplicación de la institución, no haciendo especial pronunciamiento de las causadas en ninguna de las instancias, ni tampoco en casación. **(STS de 13 de marzo de 2008;** ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.]

**HECHOS.**—Adviértase que en el breve resumen que proporciona el Centro de Documentación Judicial se ha deslizado un error importante sobre la relación de parentesco interviniente entre los interesados. La actora doña Gabriela es hija extramatrimonial de doña Sonia, la cual después del nacimiento de ésta, contrae matrimonio con don Serafín (de quien no consta que en ningún momento haya reconocido a doña Gabriela, como da a entender el resumen), con quien tuvo dos hijos, don Esteban y doña Filomena. En 1982 fallece doña Sonia, otorgando testamento en el que mejoraba a don Esteban. En 1995 fallece este último sin descendientes e intestado, por lo cual le heredó íntegramente abintestato su padre don Serafín. A su vez, éste fallece en 1997, designando heredera universal a su hija doña Filomena. Doña Gabriela demanda a su hermana de vínculo sencillo doña Filomena, solicitando: 1.º) Que se declare la existencia de la reserva del 811 respecto de los bienes que don Serafín adquirió abintestato de su hijo don Esteban, y que éste había adquirido por herencia de su madre doña Sonia; 2.º) que son reser-

vatarias, tanto su hermana doña Filomena como la propia actora, ya sea por iguales partes o, subsidiariamente, en la forma que se declare judicialmente; 3.º) se declare la procedencia de llevar a cabo la partición; 4.º) se declare la nulidad o, subsidiariamente, la ineficacia absoluta de la escritura de aceptación de herencia y adjudicación de bienes otorgada en 1997; 5.º) cancelación de inscripciones causadas; y 6.º) imposición de las costas a la demandada. El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó la apelación si bien reconoció a D.<sup>a</sup> Filomena doble porción de los bienes reservados que a la actora. Adviértase que, en la solución adoptada por la sentencia extractada, no hay trato discriminatorio respecto de la hija no matrimonial; no se desestima su demanda por el mero hecho de serlo sino por aplicar una determinada exégesis del 811. Es cierto que, anteriormente, la madre mostró claramente sus preferencias por el hijo matrimonial, pero lo hace dentro de sus facultades legales; en cuanto a don Serafín, no es legitimaria suya doña Gabriela, si bien de haber dispuesto lo recibido de su hijo a favor de terceros, parece claro que hubiera infringido el artículo 811. (G. G. C.)

**87. Partición por contador-partidor judicial: interpretación del artículo 1061 CC.**—Según STS de 7 de noviembre de 2006, la jurisprudencia ha declarado, en la interpretación del artículo 1061 CC, que la partición ha de estar presidida por un criterio de equitativa ponderación (SSTS de 30 de enero de 1951, 14 de diciembre de 1957 y 25 de marzo de 1995), y debe hacerse respetando la posible igualdad determinada por las circunstancias de cada caso (SSTS de 8 de febrero de 1974, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 26 de mayo de 1992, 15 de mayo de 1995 y 16 de febrero de 1998). Sin embargo, también se ha precisado que no se trata de una igualdad matemática o absoluta (SSTS de 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980 y 14 de julio de 1990), sino de una igualdad cualitativa (STS de 13 de junio de 1992); que la norma tiene un carácter orientativo (SSTS de 30 de noviembre de 1974, 25 de junio de 1977, 17 de junio de 1980, 21 de junio de 1986, 14 de julio de 1990, 28 de mayo de 1992, 15 de mayo de 1995 y 2 de noviembre de 2005); y no puede aplicarse cuando la infravaloración de los bienes se aplica en proporción semejante a todos los que integran el caudal relicto (SSTS de 21 de abril de 1966 y 7 de enero de 1971). En el presente caso, la posición de los recurrentes no se basa en una distribución no igualitaria entre los coherederos, que supusiera perjuicio de carácter económico para ellos, sino que viene a interesar algo ajeno a lo dispuesto por el artículo 1061 Código civil, a saber que se les atribuya en propiedad exclusiva a los actores el único bien urbano que se adjudicó en proindivisión a los coherederos; es decir, una partición alternativa, que no cabe conforme a dicho precepto. Se ha de resaltar que el Juez, ante la oposición manifestada a las operaciones particionales, convocó a todos los interesados a la junta prevista en el artículo 1086 LEC., sin que en el desarrollo de tal junta los hoy recurrentes requirieran del contador-partidor explicación alguna. (STS de 16 de enero de 2008; no ha lugar.) [Ponente Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.] (G. G. C.)

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

SUMARIOS DEL TOMO LXII, 2009

## FASCÍCULO I enero-marzo

	<i>Pág.</i>
Estudios monográficos	
Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ: «Sociedad de gananciales, patrimonios separados y concurso» .....	5
Máximo Juan PÉREZ GARCÍA: «La duración del modo impuesto en una donación: ¿carácter temporal o perpetuo?» .....	89
Nieves FENOY PICÓN: «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 CC y del artículo 121 del Texto Refundido de Consumidores» .....	157
Crónica de Derecho Privado Europeo	
A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; colaboran: Beatriz AÑOVEROS TERRADAS, Miriam ANDERSON, Lidia ARNAU RAVENTÓS, Esther ARROYO I AMAYUELAS, Lorenzo BAIKATI, David BONDÍA GARCÍA, Alexandra BRAUN, Íñigo DE LA MAZA GAZMURI, Andrés DOMÍNGUEZ LUELMO, Martín EBERS, Mirko FACCIOLI, Georgina GARRIGA SUAU, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA, M. <sup>a</sup> Carmen GÓMEZ BUENDÍA, Laura HUICI SANCHE, M. <sup>a</sup> Rosa ISERN SALVAT, Sonia MARTÍN SANTISTEBAN, Sergio NASARRE AZNAR, Susana NAVAS NAVARRO, Jordi NIEVA FENOLL, Barbara PASA, Elise POILLOT, Héctor SIMÓN MORENO, Mauro TESCARO, Helena TORROJA MATEU, Belén TRIGO GARCÍA, Stefano TROIANO .....	281
Bibliografía	
<b>LIBROS</b>	
DE TORRES PEREA, José Manuel: «Interés del menor y Derecho de Familia. Una perspectiva multidisciplinar», por Alma María Rodríguez Guitián .....	387

	<u>Pág.</u>
<b>REVISTAS ESPAÑOLAS</b>	
Por Isabel ARANA DE LA FUENTE .....	393
<b>Jurisprudencia del Tribunal Supremo</b>	
<b>ESTUDIO JURISPRUDENCIAL</b>	
Karolina LYCZKOWSKA: «Dolo <i>in contrahendo</i> . Análisis de la Jurisprudencia» .....	417
<b>SENTENCIAS</b>	
A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Eva CANO VILÀ, Margarita CASTILLA BAREA, M.ª Carmen CRESPO MORA, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, M.ª Carmen LUQUE JIMÉNEZ, Andrea MACÍA MORILLO, Nieves MORALEJO IMBERNÓN, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Alfons SURROCA COSTA, Rosa TORRA BERNAUS, Laura ZUMAQUERO GIL .....	453

## FASCÍCULO II abril-junio

### Estudios monográficos

Esther GÓMEZ CALLE: «El precio a pagar por el retrayente para ejercitar su derecho de adquisición preferente» .....	613
Xabier BASOZABAL ARRUE: «En torno a las obligaciones precontractuales de información» .....	647
Laura LÓPEZ DE LA CRUZ: «La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal» .....	713

### Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

Por Marta REQUEJO ISIDRO .....	783
--------------------------------	-----

### Bibliografía

#### LIBROS

GÓMEZ CAMPELLO, Esther/VALBUENA GONZÁLEZ, Félix (coord.): «Igualdad de género una visión jurídica plural. Jornadas Igualdad Efectiva: Realidad o Ficción», por R. ....	815
--	-----

	<u>Pág.</u>
LEGERÉN, Antonio: «La partición conjunta en el Derecho gallego», por José Antonio Doral García .....	816
MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis: «El concepto de matrimonio en el Código civil», por Carlos Martínez de Aguirre .....	819
VERDERA SERVER, Rafael: «La responsabilidad civil del Notario», por Mario E. Clemente Meoro .....	821

#### REVISTAS EXTRANJERAS

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M. <sup>a</sup> del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, Car- men JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Albert RUDA GONZÁLEZ, Jordi RIBOT IGUALADA, Isabel SIERRA PÉREZ, Josep SOLÉ FELIU, Belén TRIGO GARCÍA .....	825
--	-----

#### Jurisprudencia del Tribunal Supremo

##### SENTENCIAS

A cargo de: Antonio CANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Margarita CASTI- LLA BAREA, M. <sup>a</sup> Carmen CRESPO MORA, Nicolás DÍAZ DE LEZCA- NO, Rosario DÍAZ ROMERO, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Bea- triz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Francisco Javier JIMÉ- NEZ 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 .....	871
---	-----

### **FASCÍCULO III** **julio-septiembre**

#### In memoriam

Manuel AMORÓS GUARDIOLA, por Luis Díez-Picazo.....	1041
--	------

#### Estudios monográficos

Luis DÍEZ-PICAZO: «Notas sobre la indemnización del daño causado por el dolo incidental» .....	1043
Ignacio TIRADO MARTÍ: «Reflexiones sobre el concepto de “interés con- cursal” (Ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)» .....	1055
Rosa MIQUEL SALA: «La comunidad de uso entre usufructuario de cuota y un único propietario en el Código civil, el BGB y el Codi civil de Cata- lunya. Una aproximación» .....	1109

## Crónica de Derecho privado europeo

- A cargo de: Esther ARROYO I AMAYUELAS; Colaboran: Francisco J. ANDRÉS SANTOS, Beatriz AÑOVIROS TERRADAS, Miriam ANDERSON, Lidia ARNAU RAVENTÓS, Esther ARROYO I AMAYUELAS, David BONDIA GARCÍA, Alexandra BRAUN, Sergio CÁMARA LA-PUENTE, Andrés Miguel COSIALLS UBACH, Martin EBERS, Mirko FACCIOLI, Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS, César HORNERO SÁNCHEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sonia MARTIN SANTIESTEBAN, Luz M.<sup>a</sup> MARTÍNEZ VELENCOSO, Cédric MONTFORT, Sergio NASARRE AZNAR, Susana NAVAS NAVARRO, Jordi NIEVA FENOLL, Barbara PASA, Ángel SERRANO DE NICOLÁS, Mauro TESCARO, Helena TORROJA MATEU, Belén TRIGO GARCÍA, Stefano TROIANO ..... 1149

## Bibliografía

**LIBROS**

- REINOSO BARBERO, Fernando: «Derecho patrimonial», por Francisco J. Andrés Santos ..... 1289
- VAQUER ALOY, Antoni (coord.): «Comentaris a la Llei de Contractes de Conreu. La nova regulació de l'arrendament rústic, la parceria i la masoveria a Catalunya», por Carlos Vattier Fuenzalida ..... 1293

**REVISTAS ESPAÑOLAS**

- Por Isabel ARANA DE LA FUENTE ..... 1297

## Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS COMENTADAS**

- Juan Ignacio PINAGLIA-VILLALÓN Y GAVIRA: «Aportación de bienes *in natura* a sociedades de capital y acción revocatoria del acreedor del socio aportante. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 de julio de 2007» ..... 1331

**SENTENCIAS**

- A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Josep Maria BECH SERRAT, Pilar BENAVENTE MOREDA, Eva CANO VILÀ, Ignacio DÍAZ DE LEZCANO, Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Luis Alberto GODOY DOMÍNGUEZ, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, María LUBOMIRA KUBICA, Carlos ORTEGA MELIÁN, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Lucas Andrés PÉREZ MARTÍN, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, Alfons SURROCA COSTA, Laura ZUMAQUERO GIL ..... 1343

**FASCÍCULO IV**  
**octubre-diciembre**

Estudios monográficos

Horst EIDENMÜLLER/Florian FAUST/Hans Christoph GRIGOLEIT/Nils JANSEN/Gerhard WAGNER/Reinhard ZIMMERMANN (traducción de Bruno Rodríguez Rosado): «El marco común de referencia para el Derecho privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)».	1461
María Rosa LLÁCER MATAACÁS: «Códigos de conducta y <i>on-line dispute resolutions</i> : una aproximación a la privatización del Derecho» .....	1523
Isabel ARANA DE LA FUENTE: «La pena convencional y su modificación judicial. En especial, la cláusula penal moratoria» .....	1579
Bruno RODRÍGUEZ-ROSADO: « <i>Ius ad rem</i> y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4 del Código civil» .....	1687

Crónica de Legislación y Jurisprudencia comunitarias

Por Marta REQUEJO ISIDRO .....	1725
--------------------------------	------

Bibliografía

**LIBROS**

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales. Una perspectiva española y extranjera», por José Antonio Doral García .....	1767
LÓPEZ FERNÁNDEZ, Luis Miguel: «Legislación urbanística e inscripción registral a través de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», por Máximo Juan Pérez García .....	1775

**REVISTAS EXTRANJERAS**

Por Remedios ARANDA RODRÍGUEZ, M. <sup>a</sup> del Rosario DÍAZ ROMERO, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Martín GARCÍA-RIPOLL, Carmen JEREZ DELGADO, Alma RODRÍGUEZ GUITIÁN, Isabel SIERRA PÉREZ, Belén TRIGO GARCÍA .....	1781
--	------

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

**SENTENCIAS COMENTADAS**

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN: «Indemnización del daño moral al progenitor por la privación de la relación personal con el hijo. (A propósito de la STS de 30 de junio de 2009)» .....	1825
---	------

**SENTENCIAS**

A cargo de: Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ; Colaboran: Ana M.<sup>a</sup> CARREROS SANTOS, Margarita CASTILLA BAREA, M.<sup>a</sup> Carmen CRESPO MORA, Susana ESPADA MALLORQUÍN, Beatriz FERNÁNDEZ GREGORACI, Gabriel GARCÍA CANTERO, Regina GAYA SICILIA, Carmen JEREZ DELGADO, Sebastián LÓPEZ MAZA, Andrea MACÍA MORILLO, Sara MARTÍN SALAMANCA, Máximo Juan PÉREZ GARCÍA, Luis Felipe RAGEL SÁNCHEZ, Lis Paula SAN MIGUEL PRADERA, César SEMPERE RODRÍGUEZ ..... 1857